

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Programa de Maestría en Derecho

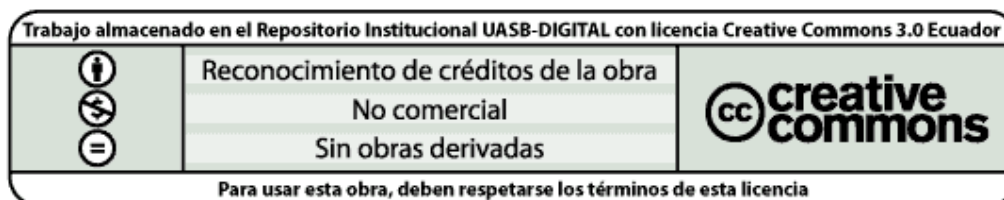
Mención en Derecho Constitucional

**Mecanismos jurídicos e instituciones de protección de los  
derechos, frente a la omisión legislativa en Colombia**

**Autora:** Luis Carlos Carvajal Vallejo

**Tutora:** María Catherine Ricaurte Herrera

**Quito, 2017**



## **CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS**

Yo, Luis Carlos Carvajal Vallejo, autor de la tesis titulada:- Mecanismos jurídicos e instituciones de protección de los derechos, frente a las omisiones legislativas en Colombia, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos para la obtención del título de Magister en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtuales, electrónicos, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaria General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

Firma.....

## **Resumen.**

El presente texto realiza una revisión del problema jurídico de la omisión legislativa: iniciando con un estudio de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad como parte importante de la misma. Desde un inicio el control de constitucionalidad se determinó como un control para normas existentes, que afecten derechos determinados; mas no sobre la ausencia de una norma.

Posteriormente se realiza una revisión histórica de la omisión legislativa desde su creación en el año 1952 con la teoría del alemán Wessel y otras posturas doctrinales y jurídicas de los primeros Tribunales que abrieron el campo a la resolución de la omisión legislativa, lo que permite tener claro el concepto de esta y así revisar las primeras Constituciones que normativizaron dicho problema como tal.

Conociendo el problema y clasificaciones tanto de la omisión legislativa y las lagunas jurídicas, se determinan las diferencias existentes entre estas, ya que por muchos autores han sido tomadas como sinónimos, sin percatarse de las particularidades y soluciones a la que cada una conlleva.

Por último y centrándose en el tema en concreto, se analiza la omisión legislativa, desde la perspectiva colombiana, país donde el control de constitucionalidad recae sobre la Corte Constitucional y en casos excepcionales sobre el Consejo de Estado; pese a que el concepto y la competencia de la omisión legislativa se creó jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, los pronunciamientos y fallos de cada uno de estos altos Tribunales se han caracterizado por tener alcances diferentes, puesto que poseen distintas competencias.

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar – sede Ecuador, por acogerme y brindarme los conocimientos adquiridos, a todos los profesores que me brindaron sus saberes, y en especial a la Dra. Catherine Ricaurte, por el acompañamiento y apoyo que me brindo durante la elaboración del presente trabajo.

Agradezco a mis padres Miguel y Gladys, por erigirme y guiarme a ser la persona que hoy soy, y a mi hermano Miguel Enrique, quien siempre ha estado ahí con su apoyo incondicional y siendo mi ejemplo a seguir.

## **DEDICATORIA**

A mis abuelos Daniel y Rebeca, Luis y Bertha.

## TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	9
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. Omisión legislativa, una revisión desde la doctrina.....	11
1.1 .La supremacía constitucional.....	12
1.1.1. La Constitución, su aplicación directa y el desarrollo legal.....	16
1.2. Concepto y naturaleza de la omisión legislativa.....	20
1.2.1. La omisión legislativa según la doctrina.....	20
1.2.2. La omisión legislativa y su desarrollo histórico.....	32
1.2.3. La omisión legislativa y su desarrollo en las constituciones.....	34
1.3. Tipos de omisiones legislativas.....	44
1.3.1. La omisión legislativa absoluta.....	44
1.3.2. La omisión legislativa relativa.....	48
1.3.3. Otras clasificaciones de la omisión legislativa.....	52
<b>CAPITULO II</b>	
2. Las lagunas jurídicas y la omisión legislativa, dos problemas jurídicos con soluciones diferentes.....	56
2.1. Lagunas jurídicas y omisión legislativas dos problemas jurídicos diferentes.....	56
2.1.1. Tipos de lagunas jurídicas: normativas y axiológicas.....	60
2.1.2. Comparación entre lagunas jurídicas y omisiones legislativas.....	62
2.2. Tipos de sentencias constitucionales, y otras posibles formas de resolver las omisiones legislativas.....	65
2.2.1. Sentencias constitucionales.....	66
2.2.2. Otras posibles formas de resolver las omisiones legislativas... ..	75
A). La analogía.....	76
B). La interpretación.....	76
C). El juez como legislador precario.....	77
D). El traslado de competencias no ejercidas a otros órganos.....	80

### CAPÍTULO III

3. Las omisiones legislativas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, una revisión jurisprudencial.....	83
3.1. La supremacía constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia.....	83
3.2. La omisión legislativa dentro del ordenamiento jurídico colombiano.....	86
3.3. La Corte Constitucional de Colombia y la inconstitucionalidad por omisión, análisis jurisprudencial.....	89
3.3.1. Sentencias exhortativas.....	93
3.3.2. Sentencias interpretativas.....	95
3.3.3. Sentencias integradoras aditivas.....	95
3.3.4. Sentencias integradoras.....	96
3.3.5. Sentencias que declaran la constitucionalidad temporal de la norma.....	98
3.3.6. Sentencias aditivas prestacionales.....	100
3.3.7. Sentencias que contienen recomendaciones al legislador.....	101
3.4. El Consejo de Estado y la nulidad por inconstitucionalidad.....	101
3.5. Análisis de la inconstitucionalidad por omisión y de la nulidad por inconstitucionalidad.....	106
3.6. Análisis comparativo de la omisión legislativa en Ecuador – Colombia.....	109
3.6.1. Colombia un cambio constitucional en búsqueda de la paz, Ecuador un cambio constitucional en búsqueda de la estabilidad económica: .....	110
3.6.2. La omisión legislativa como norma constitucional y como creación jurisprudencial: el caso ecuatoriano y colombiano.....	111
3.6.3. La omisión legislativa en la jurisprudencia ecuatoriana y colombiana. ....	114
4. Conclusiones.....	120
5. Anexo 1.....	125
Bibliografía.....	128

## Introducción.

El control de constitucionalidad es un mecanismo creado con el fin de evitar la vulneración de derechos por el abuso de autoridad de los legisladores, ya que éstos concentraban gran parte del poder y por ende fungían como jueces y parte de la creación de las normas. En este sentido fue Kelsen en su texto *Teoría pura del derecho*<sup>1</sup> quien consideró que la Constitución debía ser determinada como la norma principal dentro del ordenamiento jurídico, y por ende el control de constitucionalidad recaería sobre todas las normas que se crean por parte del Poder Legislativo, evitando que la Ley naciente fuera contraria a lo dispuesto por el texto constitucional, impidiendo por tanto la vulneración de los derechos constitucionales.

Sin embargo, el alemán Wessel<sup>2</sup>, en su estudio jurídico sobre el control de constitucionalidad plantea que éste no sólo debe recaer sobre las normas creadas, sino también sobre las omisiones de los legisladores, que en cierta medida afectan los derechos de los ciudadanos, motivo por el cual mediante su teoría consideró que el control de constitucionalidad debe ser aplicado a las omisiones legislativas que se presentan dentro del ordenamiento jurídico: estudio que se puede dar tanto en lo jurídico como lo político.

Para el presente estudio se revisa la omisión legislativa en el ordenamiento jurídico colombiano, en el cual la competencia del control de constitucionalidad recae sobre: la Corte Constitucional quien realiza control de constitucionalidad por intermedio de la inconstitucionalidad tanto de leyes y decretos con fuerza de Ley que se expiden por el Poder Legislativo, e interpretaciones legales que vulneren la Constitución, y en caso excepcional el Consejo de Estado de Colombia quien puede ejercer el control de constitucionalidad por intermedio de la nulidad por

---

<sup>1</sup> Fue Kelsen, quien en su texto *Teoría pura del derecho*, consideró que los ordenamientos jurídicos, se organizan en forma piramidal, dándole así una mayor importancia a la norma que se encontraba en la cúspide de la pirámide, norma de la cual se desprende la validez de todas las demás normas de inferior jerarquía que son parte del ordenamiento jurídico.

<sup>2</sup> Entre muchos de los autores que han escrito y revisado el tema de la omisión legislativa desde la perspectiva de Wessel, se encuentra Francisco Fernández Segado y su texto “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, texto en el cual el autor retoma a el alemán Wessel, y sus planteamientos sobre el estudio de la omisión legislativa, y el control de constitucionalidad que se puede dar frente a estas, desde su clasificación.



inconstitucionalidad de decretos reglamentarios que sean dictados por el Poder Ejecutivo<sup>3</sup>, así a su vez dichos mecanismos alternos realizan dicho control, protegiendo y salvaguardando la seguridad jurídica del ordenamiento colombiano y la supremacía constitucional.

En esta perspectiva y a lo largo del presente texto, se estudiará la omisión legislativa con el fin de determinar la naturaleza de esta como tal, lo cual permitirá evidenciar la forma cómo se originó, observar los tipos en los cuales se han clasificado y sus posibles soluciones, y así realizar un análisis mediante el cual se presentarán las diferencias existentes entre estas y las lagunas jurídicas. Por último, se analizará el caso colombiano, cuyo estudio se centrará en una revisión jurisprudencial de las sentencias más emblemáticas de la omisión legislativa.

---

<sup>3</sup> La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 241 confiere la guarda y la integridad de la supremacía de la Constitución Política de Colombia, a la Corte Constitucional, y en los numerales 4 y 5 de dicho artículo consagra el control constitucional que se ejerce por ella, frente a las demandas en abstracto que se presenten por los ciudadanos contra leyes que pueden vulnerar la Constitución tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento, y los decretos con fuerza de Ley que dicta el Estado.

Pero es la misma Corte Constitucional, quien mediante sentencia C – 842 del año 2010, amplía dicho control no solo sobre las normas que pueden vulnerar a la Constitución, sino sobre toda interpretación legal que ponga en riesgo la supremacía de la norma de normas.

Se puede observar que además es la misma Constitución Política de Colombia, mediante su artículo 237 # 2, quien le concede la competencia al Consejo de Estado de dictaminar la nulidad por inconstitucionalidad de un decreto reglamentario que sea dictado por el gobierno y que contradiga la supremacía constitucional.

Además del anterior fundamento constitucional, fue la misma Corte Constitucional de Colombia, quien mediante sentencia C – 415 del año 2012, considera que la nulidad por inconstitucionalidad es una facultad que el legislador radicó en cabeza del Consejo de Estado, con el fin de fortalecer el control de constitucionalidad integral, dentro de los decretos reglamentarios que son expedidos por el Poder Ejecutivo colombiano.

## CAPITULO I

### 1. Omisión legislativa, una revisión desde la doctrina.

En el presente capítulo se analiza qué se entiende por omisión legislativa, la importancia de la supremacía constitucional y cómo la omisión legislativa puede afectar la seguridad jurídica<sup>4</sup> y el ordenamiento jurídico. Teniendo claro el concepto de la omisión legislativa, se revisan las posturas de algunos autores que abarcan el tema desde un punto doctrinal, histórico y normativo para de esta manera observar los tipos de omisiones que se pueden presentar.

---

<sup>4</sup> Para el presente estudio se revisará la seguridad jurídica desde dos perspectivas, la primera según la Corte Constitucional de Colombia, en cuanto el tema central recae sobre el caso colombiano; y una segunda revisión del caso ecuatoriano, en cuanto su constituyente del año 2008, presenta uno de los últimos cambios constitucionales a nivel Latinoamericano, en relación a la seguridad jurídica como un derecho constitucional. Es así como en el caso colombiano la Corte Constitucional en su sentencia T – 502 del año 2002, propone la seguridad jurídica como un principio central en los ordenamientos jurídicos de corte occidental, principio que atraviesa el Estado en su totalidad, con el fin de que el mismo brinde una garantía de certeza a sus ciudadanos. La seguridad jurídica observada como un principio constitucional por la Corte opera en dos dimensiones: la primera dimensión se entiende como la estabilidad, en el sentido que se garantice una certeza jurídica frente a los procesos; y una segunda de legalidad en el entendido que las normas establecen términos de aplicación de las mismas y por ende refuerzan la certeza y garantía de aplicación de las normas. Frente al tema de seguridad jurídica como un principio constitucional, se pueden encontrar dos posturas que llaman la atención, la primera la de Gabriel Fernández, quien en su texto “Francia: seguridad jurídica y nueva política de codificación”, hace un breve recuento histórico de cómo Napoleón realizó una gran recopilación normativa desde 1804 hasta 1807, la cual dio como resultado el Código Civil Francés, referente histórico de la importancia de la codificación, y por ende de la seguridad jurídica a través de la normativización. La segunda, es la de Manuel Quinche, quien en su texto “La seguridad jurídica frente a sentencias definitivas. Tutela contra sentencias”, analiza la seguridad jurídica en Colombia desde una perspectiva distinta, en cuanto atribuye la inseguridad jurídica no a la falta de desarrollo normativo, si no por el contrario a un desarrollo normativo que se da por intermedio del Poder Ejecutivo libre de control, afectando así la división de poderes.

En el caso ecuatoriano, su cambio constitucional del año 2008, plasmó en su artículo 82, la seguridad jurídica como un derecho constitucional, el cual expone: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. El autor ecuatoriano José García, en un primer texto denominado “El derecho constitucional a la seguridad jurídica”, presenta el mismo como una adaptación del derecho a la vida social, en la medida que el cambio constitucional ecuatoriano del año 2008, tiene ciertas particularidades que rompieron barreras que hasta el momento no se han plasmado en otros estados de la región, y así por consiguiente dicho derecho debe de adaptarse a los requerimientos sociales y culturales del Ecuador. Concepto que el mismo autor profundiza en su texto “Seguridad Jurídica”, mediante el cual analiza la seguridad jurídica como una aplicación de las normas, la cual permite una paz social, que garantizaría el principio de legalidad y el debido proceso, en la medida que todos los tipos de derechos serán públicos y claros.

Se puede observar claramente que la seguridad jurídica bien sea como un principio o un derecho, busca un fin en común, a saber: la aplicación de las normas de manera imparcial e independiente, permitiendo así la eficacia del derecho en tanto se podría hablar de un debido proceso, por cuanto las autoridades judiciales permiten el derecho a la defensa y el cumplimiento de los términos legales.

## 1.1. La supremacía de la constitución.

Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene constitución.<sup>5</sup>

Blackstone, en su célebre libro *Commentaries on the Laws of England* (1765 – 1769), expresaba que las leyes y los legisladores eran los órganos supremos y estaban fuera de todo control (That the power of parliament is absolute and without control)<sup>6</sup>; también Locke, en su *Second Treatise on Civil Government*, llegó a considerar al legislador como el supremo órgano de la comunidad<sup>7</sup>; otro aspecto que evidencia la supremacía del legislador y de la Ley se puede encontrar en el pensamiento revolucionario francés, el cual presenta la Ley como un instrumento de libertad, y por ende la inacción del legislador no era mal vista, en tanto se asimilaban con los postulados subyacentes a la filosofía y libertad del *Laissez Faire, Laissez Passer*<sup>8</sup> (dejan de hacer, dejan pasar).

Estos ideales se fueron modificando a medida que el derecho iba evolucionando, y así desde hace algunos años, muchos teóricos han dado un giro para estudiar el Derecho Constitucional, y también el Estado Constitucional<sup>9</sup>, dejando de lado estos ideales de Estado Legal, donde la supremacía de todo, sólo eran las leyes y los legisladores.

Grandes teóricos del derecho, buscan que la Constitución sea adoptada como la norma primaria dentro de los ordenamientos jurídicos, y así las demás normas inferiores sean acordes a ésta.

Tales teorías constitucionales lograron su cometido, y así la Constitución se adoptó como norma de normas, por lo cual hoy en día la Constitución es la primordial fuente de derecho en el marco de los ordenamientos jurídicos.

---

<sup>5</sup> Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, artículo 16, 1789.

<sup>6</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, (en Pablo Luis Manili, Dir., *Tratado de derecho procesal constitucional argentino, comparado y trasnacional*, Argentina: La Ley, 2010), 336.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*, 337.

<sup>9</sup> Para el presente estudio, se entenderá el Estado Constitucional desde la postura del teórico Manuel Atienza, quien en su texto, *El derecho como argumentación*, determina este tipo de Estado, no solo como el que se rige o tiene una Constitución, sino el Estado que se caracteriza por tener un principio dinámico del sistema Jurídico Político, entendiéndose como la distribución formal de poderes, un catálogo de derechos fundamentales y ciertos mecanismos de control al legislador.

Autores como García, determinan a la Constitución como norma suprema, ya que esta define las fuentes formales del derecho dentro de un ordenamiento jurídico, y por ende es la norma primordial en la producción de las mismas, y así de este texto se desprenden las demás, lo cual le da un sentido de supremacía a la Constitución sobre todas las otras normas<sup>10</sup>.

No lejos de este criterio, Avalos, presenta su definición de superioridad constitucional, la cual cita: “(...) la supremacía de la Constitución, que consiste en la cualidad de fungir como la norma jurídica superior que da validez y unidad a un orden jurídico nacional; así la Constitución es la fuente última de validez de un ordenamiento(...)”<sup>11</sup>, esta autora presenta la Constitución como fuente de validez<sup>12</sup>, por lo cual se sobreentiende que todo pronunciamiento contrario sería inconstitucional, lo que sin duda refuerza la teoría de la supremacía constitucional.

En este sentido se identifica que a nivel mundial, hoy en día la Constitución ha tomado una gran importancia, aun sin que a esta le afecte la forma o tipo de estado, la Constitución, es norma de normas, por ejemplo en el caso del estado Federal de México, el autor Astudillo plantea que, existen constituciones Federales, que han ampliado el estudio de la misma, y por ende el control de constitucionalidad llega a ser más amplio que el de la Constitución general<sup>13</sup>, para el caso en concreto más adelante se estudiarán a profundidad algunas constituciones de este país.

En el caso de Chile, se puede observar que la Constitución es norma de normas, y por ende es la fuente fundamental de derecho, al mismo tiempo que determina las fuentes formales, por consiguiente toda disposición legal debe estar regida bajo este marco normativo<sup>14</sup>.

Al determinar la Constitución como norma de normas, todos los estados que han adoptado dicha forma de supremacía dentro de sus ordenamientos jurídicos, se

---

<sup>10</sup> Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, (Madrid: Editorial civitas S.A. 1994), 49.

<sup>11</sup> Sofía Ávalos, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa. Su tutela en el derecho mexicano.” (En Suprema Corte de Justicia de la Nación, en [http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Attachments/1/Becarios\\_001.pdf](http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Attachments/1/Becarios_001.pdf)), 1. Consultado: 16 de septiembre del 2014.

<sup>12</sup> Para los fines del presente texto, se observa la validez, desde el concepto del autor, Luis Prieto Sanchis, quien define en su libro *Apuntes de Teoría del Derecho*, la validez: como la existencia jurídica de una norma dentro del ordenamiento jurídico.

<sup>13</sup> César Astudillo, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa en México”, (en Víctor Bazán, coord., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo II, Buenos Aires: Chamorro Impresiones, 2010), 166.

<sup>14</sup> Francisco Zúñiga, “La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en Chile”, (en Víctor Bazán, coord., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo II, Buenos Aires: Chamorro Impresiones, 2010), 1056-1057

han visto en la necesidad de crear y otorgar el poder de vigilar dicha norma, esta tarea en general se ha encargado a un órgano supremo, el cual en la mayoría de países se denomina como Tribunal o Corte Constitucional, así este órgano por ser representante de la Constitución tendrá la última palabra, pero en los estados que existe un control difuso dicha competencia recae sobre cualquier autoridad judicial; en palabras del autor García: “(...) el pueblo ha sido enseñado a creer que cuando el tribunal supremo habla no son los jueces quienes hablan, si no la constitución.”<sup>15</sup>.

Pero esto no quiere decir que la Constitución pretenda sustituir a la Ley, ya que sería imposible que dentro de esta se regule todo, por lo cual dicha norma deja abierta las puertas para que el legislador, dentro de su margen de actuación política, utilice dicha competencia con el objeto de configurar el orden jurídico de la mejor forma<sup>16</sup>. La Ley es un complemento a la norma suprema, ya que la primera desarrolla la segunda.

Es así como se puede observar que la Constitución cambia las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo en la forma de su producción, sino también de la coherencia de sus contenidos, para lo cual las leyes deben de tomar en cuenta los principios constitucionales<sup>17</sup>.

Es en este punto, donde lo importante es prestar atención y mirar cómo la Constitución, busca una seguridad jurídica a través de un control de constitucionalidad de las leyes.

Por consiguiente, y tomando en cuenta el criterio de Ferrajoli: “(...) es igualmente innegable que ningún Tribunal Constitucional, como ha afirmado repetidamente por ejemplo, la Corte italiana, puede admitir la incorporación a su ordenamiento de normas en conflicto con los principios de la propia Constitución.”<sup>18</sup>.

Basado en todo esto, se entiende que dentro de un ordenamiento jurídico, de orden Constitucional no puede existir una norma contraria a esta.

Autores como Vigo, en un criterio más amplio consideran que:

El reconocerle “fuerza normativa” o valor de norma a la Constitución en toda y cada una de sus partes, implica que éstas cumplen – con alcances diversos – una función directiva estableciendo como ha de obrarse y también una función – en mayor o

---

<sup>15</sup> Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, 198-199.

<sup>16</sup> Iván Villa, *Nuevo Derecho Constitucional antecedentes y fundamentos*, (Medellín: ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez LTDA, 2002), 330.

<sup>17</sup> Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del estado de derecho”, (en Miguel Carbonell y otros, Coord., estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina, México: siglo XXI, 2002), 192.

<sup>18</sup> *Ibidem*, 199

menor medida – preceptiva mandando que esa operación se realice. Integralmente considerada la norma constitucional es higher law (el derecho más alto), o mejor dicho es la norma que funda y legitima el sistema jurídico para esa sociedad desde el punto de vista positivo, pues las demás normas jurídicas resultan intrasistemáticas en tanto se derivan y se ajustan al marco definido constitucionalmente.<sup>19</sup>

Así cabe concluir que todo el cuerpo de la Constitución, es fuerza normativa, y por ende los ordenamientos jurídicos se deben regir bajo la totalidad de esta.

Con esto en mente, y para ir guiando ya el tema de la supremacía constitucional, al tema en concreto de estudio, se puede decir desde el punto de vista de Bulnes, que: la supremacía constitucional, como uno de los principales fundamentos del constitucionalismo, tiene como objeto la protección de la Constitución, y por ende el control y sanción de las infracciones que se sometan ante ella, las cuales pueden ser por una acción o por una omisión<sup>20</sup>.

Criterio muy semejante es el utilizado por Casal, quien manifiesta que: “La aceptación de la fuerza normativa de la Constitución, hoy indiscutiblemente, obliga a proteger la norma suprema de toda acción u omisión de los poderes públicos, violatoria de sus disposiciones, sin que sea lícito reconocer al legislador un espacio de inmunidad al control judicial cuando el desconocimiento de la Constitución se origina en su inactividad.”<sup>21</sup>.

También se encuentran pronunciamientos semejantes en Valcarce, quien expone: “(...) no existen dudas acerca de que el principio de supremacía constitucional supone necesariamente el control y consecuente sanción de las infracciones a la Constitución, las que pueden originarse tanto en acciones positivas que violentan la Carta Magna como en omisiones que contrarían los preceptos en ella consagrados.”<sup>22</sup>.

Otro autor que habla sobre el tema es Eto, quien propone que se debe dar una amplia tutela al control de constitucionalidad, el cual se podrá presentar frente a las omisiones legislativas, con el fin de que la discrecionalidad de las autoridades

---

<sup>19</sup> Rodolfo Vigo, *Interpretación Constitucional*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, S.F.), 64.

<sup>20</sup> Luz Bulnes, “La inconstitucionalidad por omisión”, (en Humberto Nogueira Dir., Estudios Constitucionales – revista semestral del centro de estudios constitucionales, Chile: editorial librotecna, 2006), 252.

<sup>21</sup> Jesús Casal, “La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas”, (en Jan Woischnik, Dir., Anuario de derecho constitucional Latinoamericano 2003, Uruguay: Konrad – ademaer, 2003), 42.

<sup>22</sup> María Valcarce, “Control de constitucionalidad de omisiones legislativas: el activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, (en [www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/valcarceojeda](http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/valcarceojeda)), 3. Consultado: 11 de septiembre del 2014.

estatales, no afecte a la norma suprema por falta del desarrollo legislativo<sup>23</sup>; esto que, como se estudiara más adelante la omisión legislativa, se puede analizar desde distintos órganos, y no sólo desde un órgano colegiado elegido a voluntad popular, sino desde cualquier órgano con la potestad de legislar.

### **1.1.1. La Constitución, su aplicación directa y el desarrollo legal.**

Tomando en cuenta lo anteriormente referido, frente a la necesidad del desarrollo legal, y la supremacía de la Constitución, y para ir concretando el tema, se puede trabajar sobre la siguiente pregunta: ¿la supremacía constitucional hace que toda la Constitución sea de aplicación directa o necesita de un desarrollo normativo?, esto a fin de precisar si la violación a la norma suprema se da dentro de una acción o de una omisión y así poder determinar el tipo de control necesario.

Es importante tomar en cuenta el criterio del Tribunal Constitucional Español, que desde un comienzo propone que los principios consagrados dentro de una Constitución, originan de inmediato derechos, y por ende, también obligaciones, que vinculan a todos los poderes públicos, entendiendo dentro de estos a sus funcionarios; con respecto a los derechos que necesitan de un desarrollo legal, este Tribunal ha determinado que, la dilación del legislador en el desarrollo de tales derechos, no puede privarles de todo contenido<sup>24</sup>, por consiguiente, como plantea Rangel, aunque el Tribunal Constitucional no esté autorizado de forma positiva, si el caso en concreto lo amerita, estos podrán dar una aplicación directa del texto Constitucional<sup>25</sup>. Con la finalidad de proteger los derechos, el Tribunal o Corte podrá aplicar de forma directa, e incluso en algunos casos podrá sustituir al legislador; ideas como estas se trabajarán a profundidad más adelante, cuando se exponga las distintas formas de solucionar la omisión legislativa.

Continuando con las ideas de la misma autora, se puede proponer que no todas las normas constitucionales son de aplicación directa, algunas normas constitucionales son de eficacia diferida, estas requieren de un desarrollo

---

<sup>23</sup> Gerardo Eto Cruz, “Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión”, (en Juan Vega Gómez y Edgar Corso Sosa, coord., instrumentos de la tutela y justicia constitucional. Memorias del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional, México, 2002: Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2002), 185.

<sup>24</sup> Luis Guerra, *Las sentencias del tribunal constitucional*, (Madrid: Imprenta nacional del boletín oficial del estado, 1998), 57.

<sup>25</sup> Laura Rangel Hernández, “La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad por omisión legislativa: modalidad y efectos. Estudio preliminar”, (Christian Steiner, edit., Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Bogotá: fundación Konrad Adenauer, 2013), 194.

constitucional; así se puede tomar algunos de los tipos de clasificación de normas, por ejemplo según Zagrebelsky: las normas constitucionales de eficacia directa, se caracterizan porque, la estructura de la norma es suficientemente completa, y esta puede ser utilizada por los sujetos del ordenamiento jurídico. A diferencia de ellas se puede encontrar las normas constitucionales de eficacia indirecta, las cuales se caracterizan porque no tienen una estructura suficientemente completa, es decir para que sean operativas estas normas requieren una posterior intervención normativa. Aquí se pueden encontrar: las normas constitucionales de eficacia diferida, que requieren de una disciplina normativa posterior a la establecida en la Constitución; las normas de principios constitucionales las cuales requieren una actividad de concreción que relacione a dicho principio con el caso específico; y las normas constitucionales programáticas, las cuales hacen referencia esencialmente a aspectos político-sociales<sup>26</sup>.

De aquí, que pueda inferirse que elementos como: los principios constitucionales, el preámbulo y algunos derechos fundamentales, no necesiten de un desarrollo normativo y por ende sean de aplicación directa.

Por consiguiente y en términos de Villota, se puede determinar la importancia de la Ley dentro del desarrollo constitucional, ya que es por intermedio de la primera que se da un desarrollo material y formal del texto constitucional, tomando en cuenta que una norma superior resultaría ineficaz sin una norma inferior que la haga aplicable, debido a que los cánones constitucionales en su inmensa mayoría no son de aplicación directa<sup>27</sup>.

Así, hablando de la importancia de la Ley, y tomando a Avalos, se observa que “Es cierto, por tanto, que el poder del Estado limita su actuación a los mandatos de la Ley, -principio de legalidad-, la cual, si bien emana de uno de los poderes constituidos a saber, el Legislativo, debe ser entendida como la expresión de la voluntad popular, mediante la idea de la representación política.”<sup>28</sup>, lo que da a

---

<sup>26</sup> Laura Rangel Hernández, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional”, (en cuestiones constitucionales No. 18, México – Enero – Junio 2008, en <http://www.scileo.org.mx/scileo.php?pid=s1405-91932008000100007&script=sciartext>), 4-5. Consultado: 4 de septiembre del 2014.

<sup>27</sup> Susana Villota, “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del estado social de derecho”, (en Revista facultad de derecho y ciencias políticas, vol. 42, No.117, pág. 455-479, Medellín – Colombia, Julio – Diciembre, 2012, en [revista.upb.edu.co/index.php/derecho/issue/view/169](http://revista.upb.edu.co/index.php/derecho/issue/view/169)), 463. Consultado: 12 de septiembre del 2014.

<sup>28</sup> Sofía Avalos, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 2



entender que el desarrollo legal se podría pensar como la voluntad del pueblo expresada bajo el poder de sus representantes.

A razón de todo lo anterior se puede inferir que: la supremacía constitucional, busca dar un carácter de superioridad a la Constitución, dentro del ordenamiento jurídico, motivo este por el cual dicho texto determina la validez de las normas dentro del mismo, y por consiguiente, no se pueden aceptar normas contrarias a esta. Por esto es necesario que se ejerza un control constitucional sobre las normas, y así el desarrollo legal complemente a la norma primaria del ordenamiento jurídico, sin que se causen conflictos entre la norma superior y las normas inferiores. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede sostener que a nivel Constitucional existen normas que no requieren de un desarrollo legal, por cuanto son normas completas que se pueden aplicar de manera directa (principios constitucionales y algunos derechos fundamentales); existiendo por el contrario otras normas de nivel constitucional que no son completas y que por ende requieren de un desarrollo legal.

En este sentido, las normas completas se entienden como normas de aplicación inmediata (principios y algunos derechos fundamentales), se asumen como mandatos de optimización o normas que establecen un deber ser específico, por intermedio del cual se permite otorgar una cierta discrecionalidad tanto legal como judicial; estos principios son considerados como una pauta de interpretación ineludible por la fuerza normativa que les concede la Constitución. Por otro lado, el desarrollo de un largo listado de derechos constitucionales carece de un proceso de aplicación<sup>29</sup> (derechos de segunda y tercera generación<sup>30</sup>), y por tanto, para ellos es

---

<sup>29</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 406 de 1992.

<sup>30</sup> Para el caso concreto del presente estudio, se observa que la Constitución Política de Colombia, desde su preámbulo y a lo largo del texto, plasman una serie de principios constitucionales, que se determinan como pautas u orientaciones no concluyentes, en otras palabras mandatos de optimización. Pero al referirse al tema de derechos constitucionales su Título Segundo determina los derechos, garantías y deberes, y dentro del mismo su Capítulo I determina los derechos fundamentales (el artículo 85 consagra qué derechos fundamentales son de aplicación inmediata), el Capítulo II los Derechos Sociales Económicos y Culturales y, en el Capítulo III los Derechos Colectivos y Ambientales. Estos últimos, en su mayoría de artículos, determinan la necesidad de un desarrollo legal, el cual permitirá la ejecución de los mismos, a través del Estado quien velará por la protección e integridad de tales Derechos Colectivos y Ambientales; así se puede observar a manera de ejemplo el artículo 78, el cual expone: “La Ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la Ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

necesario un desarrollo normativo en el cual el carácter fáctico y su relación jurídica determina el cumplimiento o no de los mismos.

Con todo lo anteriormente expresado, se puede responder a la primera inquietud en tanto la supremacía constitucional, no implica que toda la Constitución sea de aplicación directa, motivo por el cual se debe dar un desarrollo normativo que permita la aplicación de todos los derechos, por cuanto no todas las normas plasmadas en la Constitución son completas; en esta perspectiva, sólo se puede hablar de una aplicación directa de los principios, los cuales en ciertos casos son herramientas que los jueces utilizan para solucionar determinados conflictos<sup>31</sup>; los derechos fundamentales, como derechos inherentes al ser humano: son de aplicación directa, en cuanto cumplen con el fin de la estructura jurídico política del Estado Social de Derecho<sup>32</sup>.

Una vez claro que a pesar que no toda la Constitución es de aplicación directa, cabe en este punto la pregunta sobre, ¿qué sucede si el legislador no cumple con sus funciones, y de una manera directa o indirecta, omite las obligaciones a él impuestas por la Constitución?, es aquí donde se centra el presente estudio, y por tal razón se requiere observar cómo a través de la idea de la supremacía constitucional y su control de constitucionalidad se han desarrollado teorías cómo las que se pretenden analizar a lo largo del texto.

Así en los casos que existan este tipo de incumplimiento de funciones, se configuraría una omisión legislativa, y por ende habría que resolver la misma, desde los distintos tipos de sentencias y métodos que se han desarrollado y que se estudiarán en adelante.

---

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.”

<sup>31</sup> Frente al debate si se puede o no aplicar de manera directa la Constitución, existen diferentes posturas; además de las aquí revisadas previamente, una que llama la atención y que trabaja el tema a profundidad es la del autor Gustavo Medinaceli, quien en su texto *La aplicación directa de la Constitución*, presenta ciertas condiciones y criterios bajo las cuales se puede hablar de una aplicación directa de la Constitución, prevaleciendo la aplicación de los principios y derechos fundamentales. El autor presenta los principios como disposiciones constitucionales, los cuales en su estructura no necesitan de un supuesto de hecho, y por consiguiente la prescripción de la norma puede ser efectiva en mayor o menor medida, en otras palabras el principio se aplica de manera directa y éste admite distintos niveles de cumplimiento; por el contrario la regulación de derechos se encuentra sujeta a un carácter fáctico que determina el cumplimiento o no del ejercicio del derecho como tal, y por ende la regla está sujeta a la creación de una normatividad y además a un supuesto de hecho al cual se le aplicará la norma.

<sup>32</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 406 de 1992.

## **1.2. Concepto y naturaleza de la omisión legislativa.**

Las acciones no reguladas son precisamente eso, acciones no reguladas y, por ello carentes de status normativo<sup>33</sup>.

Antes de pasar a hablar sobre la omisión legislativa, se presenta la relación de la importancia de la supremacía constitucional y ésta figura jurídica: desde la perspectiva de Villota, es el principio de la supremacía de la Constitución el fundamento dogmático del control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas, el cual permite tener un control de vigilancia y sanción sobre todo tipo de controversia con la Constitución, ya sea originadas en acciones u omisiones al mandato del texto supremo<sup>34</sup>. Aquí se observa la relevancia de la supremacía constitucional, ya que sin esta figura sería imposible que se dé un control a las controversias constitucionales surgidas en la omisión legislativa, lo cual permite darle cabida dentro de la teoría del derecho constitucional.

Con la breve explicación sobre la importancia de la supremacía de la constitución, el desarrollo legislativo, y del control constitucional de las normas, se continúa la revisión del tema central que convoca el presente estudio: la omisión legislativa, figura que se desarrollará desde tres perspectivas; la primera será un estudio a través de los planteamientos doctrinales de distintos autores, la segunda será el desarrollo histórico de esta figura en el derecho y una final que consistirá en el estudio de esta figura a través de algunas constituciones.

### **1.2.1. La omisión legislativa según la doctrina.**

Con respecto a la omisión legislativa, se puede plantear que se trata de un problema jurídico al que no se le ha dado la relevancia que amerita, ya que como se estudiará más adelante, esta se ha tomado por mucho autores como sinónimo de las lagunas jurídicas, problemas que como se demostrará más adelante, son totalmente diferentes, y por ende la importancia de su plena diferenciación.

En un nivel doctrinal, muchos autores determinan que no existe unanimidad con respecto a la definición y alcance de lo que se puede entender como una omisión legislativa, e incluso a nivel legislativo en los países en los que se encuentra regulada, su tratamiento ha sido falto de unidad<sup>35</sup>, por consiguiente se exponen

---

<sup>33</sup> Juan Ruiz Manero, “Algunas Concepciones del Derecho y sus Lagunas”, (en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2400/4.pdf>), 118. Consultado: 28 de mayo del 2016.

<sup>34</sup> Susana Villota, “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas...”, 471.

<sup>35</sup> Laura Rangel Hernández, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 5

algunos de los conceptos más relevantes a nivel doctrinal, para así intentar determinar elementos que puedan unificar esta figura.

Para Astudillo la omisión legislativa, es la abstención del legislador, la cual impacta de una manera negativa a la Constitución, por la falta de realización de una o más normas, o incluso por el acto de una autoridad, lo cual viciará su constitucionalidad y por ende se podrá declarar su inconstitucionalidad bajo un proceso de dicha índole<sup>36</sup>.

Este autor presenta la omisión como la inacción del legislador, o un acto de alguna autoridad, lo cual hace entender que dicha figura no sólo puede recaer sobre el legislador, sino sobre cualquier autoridad pública con la potestad de legislar. Esta perspectiva permite diferenciar las posturas que se han creado frente a la omisión legislativa desde la potestad legislativa, en cuanto este problema se puede observar desde una perspectiva amplia y una restringida.

Así la perspectiva restringida de la omisión legislativa, sólo considera que es el Congreso o Parlamento, que tiene la potestad de legislar, y por consiguiente la omisión legislativa recae sobre la inacción de este órgano colegiado. Por el contrario y desde la perspectiva amplia, se analiza que toda autoridad pública con competencias de legislar, debería de realizar el desarrollo normativo pertinente que permite el pleno perfeccionamiento constitucional<sup>37</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede inferir que la potestad legislativa recae sobre los órganos colegiados de elección popular, llámese Congreso o Parlamento, pero en el entendido de la supremacía constitucional en cuanto las normas que no son de aplicación directa requieren de un desarrollo normativo. Así, todas las autoridades públicas sobre quienes recae dicha competencia deben de legislar, según sus potestades, por consiguiente se podría decir que la potestad legislativa esta sobre todas las autoridades públicas<sup>38</sup> que en cumplimiento del desarrollo legal de la Constitución deben de expedir cualquier acto normativo que permita el desarrollo legal del ordenamiento.

Una noción un poco más compleja es la que presenta Ávalos:

---

<sup>36</sup> César Astudillo, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa...”, 1665-1666

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Entiéndase que el legislador no es omnipotente y por consiguiente sus normas podrán ser incompletas, por consiguiente las autoridades públicas que las aplican podrán dictaminar normas de inferior jerarquía que complementen dicho desarrollo. Además de lo anterior es de recordar que algunas constituciones autorizan al Poder Ejecutivo para que este pueda desarrollar ciertos decretos y normas que permiten complementar el desarrollo normativo.

En primer lugar, el concepto de omisión legislativa no se reduce a un simple “no hacer”, en sentido jurídico-constitucional; omisión significa no hacer aquello a lo que, de forma concreta, se estaba constitucionalmente obligado. La omisión legislativa se debe vincular con una exigencia constitucional de acción, no bastando con un simple deber general de legislar para fundamentar una omisión inconstitucional.

En segundo lugar, en razón de que las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del incumplimiento de mandatos constitucionales legislativos, o sea, de mandatos constitucionales concretos que vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional, han de separarse de aquellas otras omisiones de mandatos constitucionales abstractos, o lo que es igual, de mandatos que contienen deberes de legislación abstractos (...)<sup>39</sup>.

Esta autora determina la omisión, no sólo como un no hacer, sino como un no hacer algo que está determinado bajo una orden constitucional, y separa aquí los mandatos constitucionales abstractos, ya que estos no sólo necesitan de un desarrollo legislativo, si no que conlleven un estudio más complejo, de políticas públicas y capacidad económica de los países. Por tanto se puede proponer que los mandatos constitucionales abstractos, requieren de una regulación, ya que es el Estado el encargado de proteger los derechos de los ciudadanos, por abstractos o complejos que sean, más aun, en países como los Latinoamericanos, donde derechos como a la vida digna, la vivienda o el trabajo, se han vuelto derechos totalmente abstractos para los Gobiernos, dejando desamparado y casi en estado de indigencia a muchos de sus ciudadanos.

Para Bulnes, la omisión legislativa, surge a partir de la constatación que realiza el órgano judicial, frente al deber impuesto al legislador por la Constitución; obligación de dictaminar una norma en cumplimiento de un eficaz desarrollo de la misma, por lo cual el silencio u omisión del legislador no basta; es necesario que este silencio produzca una situación contraria a la constitución<sup>40</sup>.

Esta autora, no se separa mucho del concepto de omisión, en la cual se entiende esta figura como una obligación impuesta por el texto constitucional al legislador, pero para ella requiere que sea el órgano judicial quien constate que existe dicha inacción.

Casal, al referirse sobre el tema, plantea que la omisión legislativa, ha sido especulada en relación con el término de omisión, como semejante al concepto manejado dentro de la teoría del derecho penal, la cual busca la responsabilidad individual de la persona que omite cierta actuación, por lo cual se puede entender

---

<sup>39</sup> Sofía Ávalos, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 5.

<sup>40</sup> Luz Bulnes, “La inconstitucionalidad por omisión...”, 252.

como una dejación o inactividad. Pero, para que no exista esta confusión, el autor, determina que el término de omisión legislativa, implica una inobservancia por parte del legislador para con la constitución, mientras que se podría hablar de silencio o inactividad cuando dicha actuación no es censurable constitucionalmente.

Continuando con la idea de este autor, se puede determinar que la inconstitucionalidad de una omisión legislativa se da por acción legislativa, la cual se presenta cuando lo establecido dentro de un texto legal es contrario a la Constitución, o cuando existe una omisión legislativa, y así el vicio legal reside no en lo que se dice, si no en lo que se calla. La primera se presentará en un desarrollo parcial de una normatividad, mientras que la segunda aparece en la ausencia total del mismo.

Al hablar de omisión legislativa desde una inobservancia al mandato constitucional, según Casal, este será un concepto amplio de lo que se determinará como inconstitucionalidad por omisión legislativa, que se presenta cuando no se hace caso al mandato constitucional de legislar; se puede determinar que el legislador carece de libertad en cuanto a la necesidad de desarrollo legislativo, por cuanto el mandato entraña una orden o exigencia relativa a la aprobación de una norma<sup>41</sup>.

El concepto de este autor, en primer lugar diferencia la teoría de omisión penal, de la teoría de omisión constitucional, lo cual aunque parece irrelevante, es importante resaltar, ya que son problemas jurídicos totalmente diferentes. Posteriormente determina unas características de cómo se puede presentar la omisión legislativa, aunque se adelanta al temario aquí propuesto, y se asemeja a la clasificación más conocida de omisiones absolutas y relativas, las cuales se trabajarán más adelante, aunque no las determina con dichos nombres; y por último, finaliza centrándose más en la omisión legislativa, y determinándola como una inobservancia al cumplimiento de un mandato constitucional.

Eto Cruz observa la omisión legislativa desde una perspectiva muy singular, comparando el término de omisión legislativa con el término teológico del pecado, es decir en tanto el pecado es una forma de actuar en contra de lo determinado por Dios, la omisión legislativa, es un acto ya sea de acción u omisión del legislador, que deja un vacío dentro de la norma<sup>42</sup>. Tomando en cuenta esto el autor determina que la

---

<sup>41</sup> Jesús Casal, “La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas...”, 50-56.

<sup>42</sup> Gerardo Eto Cruz, “Una defensa constitucional...”, 169.

omisión legislativa, podría darse por dos vías, la primera sería una actitud dolosa del legislador, y una segunda que sería una estasis en el sentido del ocio legislativo<sup>43</sup>.

Del mismo, Eto Cruz, también habla del planteamiento de omisiones desde la perspectiva de Da Silva, expone que la omisión legislativa se puede entender como una cuestión política que no puede ser encarada jurisdiccionalmente<sup>44</sup>, ya que ésta se puede considerar más como un problema político que jurídico, por lo cual se debería de resolver dentro del órgano especializado en legislar. La omisión legislativa podría darse bien sea por: problemas a nivel interno o enemistades entre movimientos políticos, entre otros; por esta razón, el anterior planteamiento cobra gran importancia, ya que muchos de los países de Latinoamérica se caracterizan por tener partidos políticos tradicionalistas, los cuales opacan a las minorías, y en muchas ocasiones tales partidos son la mayoría del órgano colegiado elegido para legislar. Este tema puede ser analizado más a profundidad, desde áreas como la Ciencia Política.

Ibagón, plantea el concepto de Omisión Legislativa desde distintos autores; una de las teorizaciones más importantes que recoge es la de Gómez Canotilho, quien propone:

(...) las omisiones inconstitucionales derivan del no cumplimiento de imposiciones constitucionales legislativas en sentido estricto, o sea del no cumplimiento de normas que, de forma permanente y concreta, vinculan al legislador a adaptar medidas legislativas concretizadas de la Constitución. Una Omisión Legislativa inconstitucional también se verifica cuando el legislador no cumple las órdenes de legislar consagradas en preceptos constitucionales<sup>45</sup>.

Esta noción también es tomada en cuenta por varios autores que trabajan el tema, tal como Fernández Segado<sup>46</sup>, lo que demuestra la importancia del autor en este aspecto.

Continuando con Fernández Segado, en su escrito sobre la inconstitucionalidad por omisión, él aseguró que la omisión legislativa, ““(…) es el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos”.”<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> *Ibíd*em, 175.

<sup>44</sup> *Ibíd*em, 176.

<sup>45</sup> Mónica Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia”, (en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo sosa, Coord., Instrumento de tutela y Justicia constitucional. Memoria del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional, México: instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2002), 313.

<sup>46</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 341 y 356.

<sup>47</sup> Mónica Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia”..., 313.

Concepto que el mismo autor evoluciona, y así posteriormente determina la objetividad de una omisión legislativa bajo el cumplimiento de ciertos supuestos, los cuales los clasifica así:

- El incumplimiento de un deber constitucional del legislador: según Pestalozza el legislador incurre en una inconstitucionalidad cuando dicha omisión es una acción que se exige por la constitución

- El transcurso de tiempo razonable: que transcurrido un tiempo determinado por la norma, o el dado por el tribunal o corte constitucional, el legislador no haya suplido su misión.

- El efecto objetivo de la violación de la constitución: esta se constituye en la acción del legislador, se configura la violación al principio de igualdad o una actuación lesiva (omisión relativa) o se da una omisión dolosa por completo del legislador, llevándola más allá del tiempo razonable de legislar; en estos dos casos se observa la consecuencia objetiva trasgresora de la norma suprema.

- La intencionalidad de la inactividad del legislador, lejos de poder considerarse un presupuesto de la omisión inconstitucional, es por entero intrascendente a los efectos que aquí se analizan: según el criterio de Mortati la omisión se puede catalogar como un acto voluntario del legislador, de no hacer. Aunque también es cierto que se debe tener en cuenta que el legislador no puede regular de una manera universal todas las situaciones sociales. Retomando la tesis de Mortati se puede determinar cómo inadmisibles la idea de que el control de omisión es un control político, donde se revisa la situación constitucionalmente lesiva que conlleva el silencio del legislador, sino por el contrario, la decisión política del Poder Legislativo de no legislar.<sup>48</sup>

Dentro de estos cuatro criterios de codificación de la omisión se puede observar que claramente se fundamentan en dos objetivos, el primero es la inacción del legislador o inobservancia del mismo para con la Constitución, ya sea de forma involuntaria o dolosa y por otro lado, un criterio temporal, dentro del cual el legislador debería de cumplir con sus funciones bien sea por mandato expreso constitucional o por solicitud del órgano encargado de la protección de la Constitución.

---

<sup>48</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 360 – 366.



También se puede encontrar dentro del texto de Ibagón, a Miranda quien define la omisión de la siguiente manera ““(…) la inconstitucionalidad por omisión se verifica siempre que, una norma reguladora, de cierta relación o situación ha mandado regular cierto acto o cierta actividad en las condiciones que establece, el destinatario no lo hace, no lo hace en los términos exigidos, no lo hace en tiempo útil, y ese comportamiento se le sigue consecuencias más o menos adecuadas”.”<sup>49</sup>.

En otras palabras, se podría entender que la Constitución como norma suprema, ordena al legislador el cumplir con la orden de legislar algunos temas en específico, pero en el momento que él no cumple, esto se convierte en una omisión legislativa; aunque no se define dicho concepto con dicho problema, éste se podría aplicar en una forma más amplia, y así continuar formando la idea que la omisión legislativa no sólo se da en órganos colegiados elegidos popularmente, sino por cualquier autoridad que se le imponga un deber de legislar y que se desprenda de la norma suprema o las normas que a su vez dependan de la misma.

Otro autor que se cita con frecuencia, cuando se habla del tema de omisiones legislativas es Fernández Rodríguez, quien entiende por omisión legislativa inconstitucional la ““falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.””<sup>50</sup>.

En este autor se puede encontrar que su definición se enfatiza en el concepto temporal, el cual se entiende que debe ser determinado de forma expresa por la constitución, y en algunos casos donde el tiempo no se ha expresado así, se entenderá un tiempo razonable, e incluso habrá oportunidades donde el Tribunal o Corte Constitucional sea quien decida qué es lo que se debe de entender por tiempo razonable.

Autores como Morón, hablan sobre la anterior conceptualización de Fernández Rodríguez señalando que ahí se logra determinar de una manera más clara dicha figura, por cuanto utiliza el elemento temporal y el de inobservancia de legislar, elementos que son concurrente en otras clasificaciones de distintos autores<sup>51</sup>.

Continuando con las definiciones que retoma Ibagón se encuentra a Villaverde quien ““(…) considera que el silencio legislativo se torna en omisión

---

<sup>49</sup> Mónica Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia...”, 314.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Juan Carlos Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional y sus tratamiento jurídico”, (en Revista Peruana de derecho constitucional, Perú, 1999), 460.

inconstitucional precisamente cuando su consecuencia jurídica es la inexistencia de una norma implícita que regula una materia, y semejante norma es contraria a la constitución”.<sup>52</sup>

Como se puede observar, el criterio de este autor se basa en la inactividad del legislador, por intermedio de la inobservancia al cumplimiento de la orden constitucional, o por cumplir dicho mandato de forma irregular y así la norma creada se transforma en inconstitucional por ser contraria a la misma; también se puede observar que él propone que la omisión legislativa, es la consecuencia de un silencio legislativo.

Uno de los últimos autores que retoma Ibagón es Gómez Canotilho para quien “(...) “omisión (...) no es un simple no hacer, sino que consiste en un no hacer algo normativamente determinado. Se requeriría así la presencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulte jurídicamente incompatible para que esta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa”.<sup>53</sup>

Gómez Canotilho, presenta un concepto más simple al determinar la omisión como el incumplimiento por parte del legislador al mandato constitucional, o a un deber jurídico, el cual se podría entender como una orden judicial, del órgano encargado de la protección del texto constitucional.

Ahora, pasando a analizar a Morón, quien para conceptualizar la omisión legislativa, primero presenta percepciones de otros autores entre los cuales se pueden encontrar los siguientes:

Hernández, para quien las Omisiones Legislativas se suelen definir ““(…) como la abstención del legislador para desarrollar preceptos constitucionales.”.<sup>54</sup>

Aguiar de Luque, plantea que la Omisión Legislativa viene a ser ““(…) la violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito”<sup>55</sup>...”.

Ahumada establece la omisión legislativa ““con carácter general, la omisión legislativa haría referencia a todo tipo de abstención de disponer frente a lo prescrito según los términos de la Constitución””.<sup>56</sup> Como se puede observar, estas

---

<sup>52</sup> Mónica Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia...”, 314.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Juan Carlos Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional...”, 460.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

definiciones, son conceptos más simples y en particular están guiadas hacia la inactividad del legislador como incumplimiento a la orden que la Constitución le impone para legislar sobre cierta materia.

Con estos elementos Morón desarrolla su idea de omisión legislativa, la cual en efecto no es un simple no hacer, sino que ésta consiste en un no hacer algo que está determinado por la constitución<sup>57</sup>, pero para este autor debe de existir la concurrencia de cuatro elementos, que él califica de la siguiente manera:

- El primero de ellos, es la exigencia constitucional que vincula al legislador con legislar.
- El segundo elemento, es la inacción o abstención del legislador respecto de ese deber.
- El tercer elemento, es el carácter temporal, el cual genera un fraude constitucional de legislar.
- El cuarto y último elemento, es la ineficacia de la voluntad constituyente.

En este sentido se puede observar que dentro de los dos primeros elementos de la clasificación de Morón, existe una gran semejanza en cuanto a que la omisión legislativa se configura en la falta de la acción constitucional del legislador; el tercer elemento es claramente el carácter temporal, o sea que transcurrido el tiempo determinado o razonable, el legislador haya omitido el dictar la norma; con respecto al cuarto elemento, se entiende, como la falta de alternativas o acciones jurídicas, las cuales son las que permiten que se dé la omisión legislativa.<sup>58</sup>

Para finalizar con el concepto de este autor, es necesario tener en cuenta que él considera que no todas las omisiones legislativas conllevan una inconstitucionalidad, ya que existen silencios que son inocuos y por ende el sistema carece de consecuencias normativas<sup>59</sup>, incluso esta situación jurídica podría ser admitida por el legislador constituyente, y así dicho silencio legislativo es constitucionalmente irrelevante (inocuo) o permitido<sup>60</sup>; esta clase de teoría se refuerza con los planteamientos de Fernández Segado, la cual él denomina como “situación constitucional imperfecta”, esto en tanto el legislador incumple con su función legislativa, pero no existe un plazo constitucional sobre el tema a legislar, y

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, 464.

<sup>58</sup> *Ibidem*, 461 – 463.

<sup>59</sup> *Ibidem*, 466.

<sup>60</sup> *Ibidem*, 467.

así esta falta de plazo no permite determinar la existencia de un tiempo, que permita establecer esta inacción como una omisión<sup>61</sup>.

El concepto de Morón, es un poco más complejo, pero en cierta medida concretiza dicha figura a la objetividad de elementos claves, que hasta el momento han sido tratados por los distintos autores que previamente se han presentado.

Rangel, en un primer trabajo sobre la omisión legislativa, presenta una definición a partir de lo conceptuado por Fernández Rodríguez, por lo tanto la define como la falta de un desarrollo legislativo, durante un período de tiempo excesivamente largo, para aquellas normas constitucionales que requieren de un desarrollo legal eficaz<sup>62</sup>, concepto que con el pasar del tiempo fue modificado y por ende lo replantea como la violación constitucional que se presenta por falta de emisiones, ya sean totales o parciales de normas secundarias, las cuales al no presentarse hacen ineficaz a la Constitución<sup>63</sup>.

En este sentido, las dos perspectivas se complementan, ya que la primera es una visión más general de la omisión legislativa, mientras que la segunda se fundamenta más en la forma de clasificación que se ha desarrollado sobre esta figura.

Pasando a Valcarce, se observa que para ella, la omisión legislativa, se presenta bajo una inactividad o pasividad del órgano legislativo, dentro de un plazo predeterminado por la misma Constitución o dentro de un plazo que se estime razonable; inacción esta que permite el pleno desarrollo y ejecución de la Constitución.

Esta inacción, pasividad, abstención o quiescencia, debe de ser una actitud calificada al legislador, ya que así sólo se le dará relevancia a aquella inacción que concierna efectos jurídicos relevantes desde el punto de vista constitucional que se origina en un mandato del constituyente<sup>64</sup>. Habrá de tenerse en cuenta que la inactividad, también puede ser deliberadamente consciente, pero para eso habría que alegar falta de acuerdo en el Congreso o Parlamento<sup>65</sup>.

Lo interesante dentro de los planteamientos de la autora, es el esquema de algunos presupuestos, que pueden facilitar el reconocer la omisión legislativa, que ella determina así:

---

<sup>61</sup> *Ibíd.*

<sup>62</sup> Laura Rangel Hernández, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 4.

<sup>63</sup> Laura, Rangel Hernández, “La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad...”, 187.

<sup>64</sup> María Valcarce, “Control de constitucionalidad de omisiones legislativas...”, 4.

<sup>65</sup> *Ibíd.*, 9.

1. Inobservancia, ya sea total o parcial, u observancia defectuosa o irregular;
2. Dentro de un plazo constitucionalmente determinado o dentro de un plazo razonable;
3. De un concreto mandato constitucional;
4. Por parte del legislador obligado;
5. Que apareja la violación de derechos o garantías constitucionalmente reconocidos o produce la imposibilidad de ejercerlos plenamente.<sup>66</sup>

El concepto de esta autora es semejante al de Fernández Rodríguez, pero le da una caracterización distinta al momento de numerar algunos elementos que pueden ayudar a determinar la omisión legislativa, por lo cual también da a entender que la omisión sólo se puede dar por el Congreso o Parlamento, y sólo será así cuando ésta inacción sea una acción calificada para el órgano legislador.

Otro criterio que llama la atención es el de Villota, ya que ella propone en un sentido teórico, que la omisión del legislador es un claro desafío al principio de supremacía constitucional, en tanto se está evadiendo el cumplimiento de la norma superior<sup>67</sup>; si la Constitución exige el desarrollo normativo de un aspecto constitucional, es por una especial importancia, ya que de no ser así se dejaría que el legislador realizara su gestión conforme a su libre criterio, y si pese a dicha importancia el legislador no cumple con su función, es indudable que esto afectará gravemente la seguridad jurídica del ordenamiento, y por ende a los particulares<sup>68</sup>.

Con todo esto ella entiende a la omisión legislativa, como un evento en el que el legislador no expide una regulación normativa sobre un tema específico, dentro de un plazo prudencial, y en contra de un mandato constitucional<sup>69</sup>.

Aquí se puede anotar que ella al igual que otros autores, concretiza la omisión en dos elementos, la inobservancia de una orden constitucional, y el incumplimiento temporal.

La misma autora también nos presenta algunas conceptualizaciones, dentro de las cuales sobresale la construcción de Castro, quien define la omisión legislativa desde dos enfoques distintos:

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, 5.

<sup>67</sup> Susana Villota, “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas...”, 468.

<sup>68</sup> *Ibidem*, 467.

<sup>69</sup> *Ibidem*, 469.

Quienes conciben la inconstitucionalidad por omisión de una forma amplia; y, quienes conceptúan la inconstitucionalidad por omisión de una forma restringida. En el primer grupo, se ubican los que consideran que la inconstitucionalidad por omisión no sólo puede producirse por la inercia o inacción de los deberes legislativos, sino también por la inactividad de los poderes y funcionarios públicos en general. Es decir, se vincula a la Inconstitucionalidad por omisión con el genérico incumplimiento de una obligación impuesta por la norma constitucional, sea cual fuere el poder constituido transgresor (...). En el segundo grupo, se ubican aquellos que consideran que la inconstitucionalidad por omisión sólo se refiere a la inacción de la función legislativa en el dictado de la norma que la Constitución le impone. Es decir, vinculan el instituto en forma exclusiva con la inercia legisferante, con la actividad omisiva del legislador que incumple con desarrollar determinadas cláusulas constitucionales que, en forma concreta, la propia Constitución le ha encargado hacerlo.<sup>70</sup>

En este sentido, resulta valioso tomar la perspectiva de la última cita, y así iniciar aquí la construcción de una definición de lo que se puede entender por omisión legislativa, intentando unificar en la medida de lo posible estos distintos criterios.

Como se puede observar, distintos autores determinan algunos elementos como parte de la omisión legislativa, aunque para el presente estudio la mayoría de estos elementos son concurrentes en dos razonamientos, a saber: 1) el incumplimiento de un mandato constitucional (ya sea total o parcial, o como la doctrina lo ha clasificado absoluto o relativo, tema que se abordará a profundidad más adelante), y 2) un elemento temporal, ya que el legislador debe de cumplir lo ordenado por la Constitución dentro de un tiempo explícito o prudencial. Con respecto al segundo elemento, se podrían presentar algunos inconvenientes ya que podrán existir casos que éste no se encuentre de manera explícita, por lo cual el tiempo prudencial podría ser un aspecto muy subjetivo del órgano encargado de dictaminarlo.

De esta manera, se inicia construyendo una simple definición de lo que se podría entender por omisión legislativa: se trataría entonces de la inactividad, inobservancia, olvido, desobediencia (total o parcial, absoluta o relativa) de cualquier persona sobre la cual recae la obligación de legislar cierta materia, desde un mandato constitucional<sup>71</sup>, y así una vez identificado el defecto de la omisión legislativa, se

---

<sup>70</sup> *Ibíd.*, 472.

<sup>71</sup> Teniendo en cuenta la división de poderes, es necesario recordar que la potestad legislativa, por mandato constitucional recae sobre la Rama Legislativa, la cual se encuentra representada por los órganos colegiados de elección popular, entiéndase Congreso, Asamblea, Parlamento, etc..., solo en casos excepcionales, se autoriza a la Rama Ejecutiva dictaminar ciertos decretos que permiten el desarrollo de las normas. En el caso colombiano, es el Congreso de la Republica el encargado de

podría considerar la solución de la misma, la cual conllevaría a un desarrollo legal y por consiguiente a incrementar la seguridad jurídica del ordenamiento; mandato éste que se debe de cumplir en un tiempo determinado: algunas veces explícito por la misma Constitución, otras veces definido por el órgano encargado de verificar el cumplimiento y salvaguarda de la misma.

Desde una perspectiva amplia, se puede decir que la omisión legislativa es un defecto que afecta el desarrollo legal, y por ende recae sobre cualquier autoridad pública encargada de expedir un acto legislativo, siendo no sólo una obligación de los órganos colegiados de elección popular, ya sean Congresos, Parlamentos, Asambleas etc..., sino de toda autoridad pública, tomando en cuenta que la Constitución es norma de normas, y por ende a partir de ésta, se desprende la validez de todos los demás actos jurídicos de inferior jerarquía que hacen parte del ordenamiento jurídico; así desde una manera amplia se puede verificar que desde la Constitución se desprende la validez de todas las normas de menor jerarquía, y por ende cualquier autoridad pública encargada de regular normas de menor jerarquía que incumpla esta obligación, estaría cometiendo una inobservancia a lo ordenado por la constitución, configurándose por tanto, una omisión legislativa.

Pasando a una perspectiva más clásica, y más restringida, se puede decir que la omisión legislativa, es toda inobservancia al mandato constitucional por parte del legislador, el cual no cumple con sus funciones, dentro del tiempo determinado por el texto supremo, y por consiguiente comete una infracción contra la misma.

Tomando en cuenta los casos en los cuales el tiempo no es expreso, y es el órgano encargado del control constitucional el que puede determinar dicho tiempo, también se podría aplicar esta misma analogía a los casos en que no esté determinado el tema a legislar; siempre y cuando el órgano de control lo considere necesario, éste podría determinar el tema y la necesidad de legislar sobre un materia en concreto.

### **1.2.2. La omisión legislativa y su desarrollo histórico.**

Al contrario de la definición del concepto de omisión legislativa, en la cual no existe un criterio de unanimidad, autores como Morón, Fernández Segado y Villota, coinciden en atribuirle la creación de dicho término al jurista alemán Wessel.

---

dictar normas generales a nivel nacional, y solo en algunos casos el Poder Ejecutivo, puede dictaminar ciertos decretos reglamentarios, tal cual como se observara más adelante.

Así determinan que fue Wessel, quien en el año de 1952, después que el Tribunal Constitucional federal de Alemania iniciara sus tareas, estableciera la figura de las omisiones legislativas desde el punto doctrinal; y fue este mismo jurista quien además las clasificó en dos tipos: las omisiones legislativas absolutas y las omisiones legislativas relativas. Luego de determinar esta clasificación, propuso igualmente que no existía una lesión de los derechos dentro de las omisiones absolutas del legislador<sup>72</sup>, esto tomando en cuenta que en Alemania esta figura tuvo su origen bajo una figura de queja constitucional que ofrecía protección a los derechos fundamentales, por lo cual para poder determinar la afectación de un derecho, se debería de determinar la existencia del mismo y su respectiva protección.

En el mismo año, dicho jurista realizó la presentación de su trabajo *Die Rechtsprechung der BVerfG zur Lehre von Verfassungsbeschwerde*, texto al cual algunos autores atribuyen su postura sobre el problema de las omisiones legislativas relativas, como una vulneración del derecho individual y fundamental a la igualdad. Posterior a dicho trabajo, el término de omisiones legislativas fue utilizado por el autor Constantino en su obra *Appunti per uno studio sui rimedi giuridizionali contro comportamenti omissivi del legislator*, término que se retomó casi 20 años después por el jurista italiano Mortati, quien en los años setenta realizó un estudio de análisis comparativo entre las omisiones legislativas y las lagunas jurídicas, revisando si las dos se presentaban bajo una noción de un deber constitucional<sup>73</sup>.

Es necesario acotar que para el jurista alemán, la omisión legislativa más que un problema netamente jurídico, también tiene connotaciones políticas que se encuentran por fuera del criterio judicial<sup>74</sup>.

Desde el criterio de Morón se puede determinar que fue el alemán Wessel, el que por primera vez otorgó entidad propia al concepto de omisiones legislativas, admitiendo la posibilidad de que la vulneración de derechos individuales tenga origen en un no hacer del legislador<sup>75</sup>, y no sólo sobre una acción del legislador.

A partir de la concepción de esta figura, se observa que el concepto de control de constitucionalidad cambia, ya que la declaratoria de inconstitucionalidad no sólo recaerá sobre una acción del legislador, sino también sobre el incumplimiento del mismo con la Constitución, lo cual contraria de una forma directa los planteamientos

---

<sup>72</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 349.

<sup>73</sup> Susana Villota, “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas...”, 471.

<sup>74</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 350.

<sup>75</sup> Juan Carlos Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional...”, 468.



de Kelsen, para quien la inconstitucionalidad se presenta en el momento cuando el legislador dicta una norma contraria a la constitución, y así para él, no habrá cabida para el caso que el legislador no emita norma jurídica, ya que a dicha omisión es imposible enlazar una consecuencia jurídica<sup>76</sup>.

En este sentido es posible observar que para teóricos como Kelsen, era imposible determinar consecuencias jurídicas a una omisión del legislador, ya que en las omisiones no existe objeto sobre el cual recaiga dicha consecuencia jurídica; por el contrario para juristas como Wessel, la consecuencia jurídica recae sobre la obligación que la Constitución impone al legislador, en el momento que éste debe desarrollar y complementar dicha norma suprema, y así otorgar validez al ordenamiento jurídico desde dicha norma. Aunque autores como Kelsen, no admiten que la omisión legislativa pueda acarrear consecuencias jurídicas, si considera como necesario que el legislador emane normas que den un desarrollo legal a la Constitución, normas que para el autor: a veces son requeridas por el mismo texto constitucional, otras veces son exigidas de forma explícita y sin fijación de términos, y otras que implícitamente son requeridas por los artículos programáticos de la constitución; en los dos primeros casos, el incumplimiento del legislador será violatorio de la Constitución, pero no existirá la manera de configurar procedimiento alguno<sup>77</sup>. Es de anotar que para el momento de dichos pronunciamientos no existían constituciones que regularan la figura jurídica de la omisión legislativa.

Determinando esto es posible observar que la omisión legislativa, se originó desde un criterio doctrinal, posteriormente un criterio jurisprudencial, y por último un criterio normativo. El primero, el criterio doctrinal, fue expuesto con anterioridad en el presente texto; el criterio jurisprudencial se estudiará en la formas de resolución de las omisiones legislativas, por lo cual se continúa con la revisión de algunas formas de clasificación de esta figura jurídica en varios ordenamientos.

### **1.2.3. La omisión legislativa y su desarrollo en las constituciones.**

Tal como fue expuesto, la omisión legislativa se originó en la doctrina de Alemania, y aproximadamente por más de veinte años su desarrollo sólo se dio en forma doctrinal, aunque es necesario anotar que el Tribunal Constitucional de este país también fue el primero en resolver un caso de omisión legislativa, aun sin la

---

<sup>76</sup>Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, (México: UNAM, 1979), 310.

<sup>77</sup> Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (México: Porrúa, 1991), 234.

regulación de la misma, lo cual se estudiará más adelante cuando se presenten las formas de solución de las omisiones legislativas.

Al momento de hablar sobre la omisión legislativa como una figura positivizada, se puede observar un claro acuerdo, ya que autores como Casal<sup>78</sup>, Bulnes<sup>79</sup>, Villota<sup>80</sup> y Fernández Segado, le otorgan los honores a la Constitución de la República Socialista Federal de Yugoslavia, promulgada el 21 de Febrero del año de 1974<sup>81</sup>, en su artículo 377<sup>82</sup>, en el cual se trata la omisión legislativa como una falta de norma, que se verificará por el Tribunal Constitucional, el cual le hará conocer sobre dicha omisión legislativa a la Asamblea, para que esta dicte la norma necesaria. Aproximadamente transcurrieron 22 años desde la primera vez que se habló de omisión legislativa dentro de la teoría para que dicha figura fuera plasmada en un texto constitucional.

Posteriormente a la Constitución de Yugoslavia, fue Portugal el primer sistema democrático de corte occidental que acogió dentro de su ordenamiento jurídico la figura de la omisión legislativa<sup>83</sup>. Así la primera Constitución de Portugal con control de omisiones se plasmó en 1976, dentro de ésta se dieron algunas singularidades, la principal es el órgano llamado a realizar el control constitucional, dicho órgano fue encargado por el mismo poder revolucionario que había conllevado la creación de la misma, denominándolo Conselho da Revolucao. Teóricos como Kardelj, propusieron que dicho órgano fuese más que una instancia de control negativo, al cual se le debería de conceder funciones legislativas y así ellos pudieran suplir al legislador dentro de las medidas legislativas omitidas. Posterior a esto, en el año de 1982, se reformó la Constitución de Portugal, pero se continuó positivizando la omisión legislativa en su artículo 283<sup>84</sup>, el cual contempla la procedencia de una

---

<sup>78</sup> Jesús Casal, “La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas...”, 76 – 77.

<sup>79</sup> Luz Bulnes, “La inconstitucionalidad por omisión...”, 255.

<sup>80</sup> Susana Villota, “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas...”, 473.

<sup>81</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 379 – 380.

<sup>82</sup> Constitución Socialista Federal de Yugoslavia de 1974, Artículo 377: Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución necesarias de la Constitución, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, dará del hecho conocimiento a la Asamblea de la Republica.

<sup>83</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 381.

<sup>84</sup> Constitución de Portugal de 1982, Artículo 283 1. A requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, por razón de violación de derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional examina y comprueba el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales.

acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, solamente en el caso del silencio del legislador, que no dicta normas requeridas para la eficacia del texto constitucional.

Aunque en realidad, han sido muy pocos los casos donde se ha utilizado esta figura, esto por cuanto al momento de conocerse por parte del Tribunal Constitucional la omisión legislativa, él está en la obligación de informar al Poder Legislativo sobre dicha omisión, y así el legislador debe subsanar dicho problema; éste mecanismo ha demostrado una gran utilidad, ya que hasta el año 2010 sólo se habían presentado siete juicios por omisión legislativa, dentro de los cuales únicamente dos de estos han llegado a decretar la inconstitucionalidad de la norma<sup>85</sup>.

Otra de las singularidades del caso Portugués, se da con las personas sobre quienes recae la legitimación activa de ejercer esta figura, ya que esta acción recae tanto sobre el Presidente de la República, como en el Ombudsman (defensor del pueblo) y en el Presidente de la Asamblea Legislativa, quienes interpondrán dicha acción ante el Tribunal Constitucional, el cual deberá verificar si se ha producido la inconstitucionalidad ante el mandado constitucional de legislar determinado tema; esto nos permite identificar que dicha acción en Portugal sólo recae en los casos en los que no se haya legislado, por lo cual esta figura se puede considerar que actúa para con los eventos de omisiones totales o absolutas<sup>86</sup>.

Posteriormente, esta figura se retomó en la Constitución de Brasil de 1988, en su artículo 103 #2o<sup>87</sup>, la cual se caracteriza por ser semejante a la de Portugal<sup>88</sup>. Contemporáneamente a la reforma constitucional de Brasil, esta figura también se retomó en la Provincia Argentina de Rio Negro<sup>89</sup>, en su artículo 207 #2 literal d<sup>90</sup>, en

---

2. Cuando el Tribunal Constitucional compruebe la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente.

<sup>85</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 381-383.

<sup>86</sup> Luz Bulnes, “La inconstitucionalidad por omisión...”, 255 – 256.

<sup>87</sup> Constitución Política Federativa de la republica del Brasil de 1988, Artículo 103: Puede interponer la acción de inconstitucionalidad. #2º. Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional, se comunicara al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose del órgano administrativo para que se haga en treinta días.

<sup>88</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 383.

<sup>89</sup> Jesús Casal, “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas...”, 77.

<sup>90</sup> Constitución de la Provincia de Rio Negro de 1988 Artículo 207: El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones. #2 Ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos. Literal D: En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida - exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no

donde se plasma la figura como tal, la cual tiene una forma muy particular de resolución, ya que en esta Constitución la acción busca un resarcimiento económico del legislador a las personas que se han visto en la necesidad de acudir al uso de esta figura por la protección de sus derechos.

Un año después de estas reformas, la Ley Húngara #XXXII de 1989, Ley sobre el tribunal constitucional de dicho país, en su artículo 1 apartado E<sup>91</sup>, introdujo la figura de la omisión legislativa, la cual debe ser resuelta por el juez constitucional a través de la inconstitucionalidad de las normas; una característica que identifica al sistema Húngaro, es que el juez constitucional en casos de omisiones legislativas, puede actuar de oficio, sin necesidad de peticiones<sup>92</sup>.

Dentro de la reforma Constitucional de Venezuela de 1999, en su artículo 336 el # 7<sup>93</sup>, se estableció la institución de la inconstitucionalidad por omisión, la cual se presenta en el supuesto caso que el Poder Legislativo no haya creado las normas o medidas indispensables, o estas sean dadas de forma incompleta, lo cual no permite que se garantice el cumplimiento de la constitución<sup>94</sup>.

Frente a la diferencia de criterios que existe en esta figura jurídica sobresale como claro ejemplo el caso de Estados Unidos de México, país que si bien a nivel central no ha positivizado la figura de la omisión legislativa, si lo han hecho algunos Estados a nivel interno, buscando la protección de los derechos frente a la omisión legislativa, mediante la analogía de algunas figuras constitucionales, tal como lo comenta la autora Avalos:

La Suprema Corte en otro de los procedimientos para salvaguardar el respeto de la Constitución Federal, el cual es de reciente creación, pues data de finales del siglo pasado (1994), denominado la acción de inconstitucionalidad que podemos definir como un medio de control de la constitucionalidad, de tipo judicial, uní instancia, y de carácter abstracto, que se plantea a través de un procedimiento ante la Suprema Corte de Justicia de

---

ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

<sup>91</sup> Ley #XXXII de 1989, de Hungría, Artículo 1 El Tribunal Constitucional es un elemento independiente de la autoridad del Estado, ajeno a los demás componentes del Gobierno, como es propio de un sistema de frenos y contrapesos. Este tribunal tiene las funciones más amplias de entre todos los demás Tribunales constitucionales entre estas se hallan las siguientes. Apartado E: la resolución de inconstitucionalidad manifestada por omisión.

<sup>92</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 386-387.

<sup>93</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, Artículo 336: Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. #7: Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

<sup>94</sup> Luz Bulnes, “La inconstitucionalidad por omisión...”, 256.

la Nación, por minorías parlamentarias, por partidos políticos con registro federal o estatal o por el Procurador General de la República, en el cual se controvierte la posible contradicción entre una norma de carácter general o un tratado internacional, por una parte, y la Constitución, por la otra, en el que se solicita la declaración de invalidez de la norma o del tratado impugnados con efectos generales, a fin de hacer prevalecer los mandatos de la Constitución<sup>95</sup>.

Esta autora demuestra que aunque no existe la figura concreta de la omisión legislativa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha tomado como referente la figura de la inconstitucionalidad, como un control provisional frente a dichas omisiones, tal como es el caso de algunos países, donde la figura jurídica no se ha creado, pero se asimila o se busca controlar como una inconstitucionalidad de las normas: tal es el caso de Chile, Alemania y Colombia, países en los cuales no existe dicha figura a nivel constitucional, pero en un ejercicio de analogía, se ha adoptado la inconstitucionalidad de la norma, como un criterio determinante de la omisión legislativa.

En un discernimiento muy semejante, se puede ubicar a Rangel, quien también asimila la inconstitucionalidad de la norma como una figura aplicable a la omisión legislativa, esto por cuanto reconoce la inexistencia de una figura procesal de la omisión legislativa a nivel Federal; aun bajo la constante existencia de omisiones legislativas, considera que como solución a dicho problema se ha tomado además de la inconstitucionalidad otras figuras jurídicas constitucionales, las cuales en cierta medida realizan la protección de los derechos frente a una posible omisión legislativa, como por ejemplo la controversia constitucional y la figura de amparo, además de permitir que a nivel Federativo los estados determinen la necesidad de la creación de la figura de la omisión legislativa<sup>96</sup>.

Para demostrar lo anterior, es necesario precisar que aunque no existe una regulación de esta figura jurídica como tal, esto no ha sido un impedimento para que la suprema corte de justicia de la nación de México, llegue a resolver casos en los que se ha considerado la existencia de una omisión legislativa relativa, dando como solución una orden al legislador, para que este proceda a la sanción de forma completa de la norma respectiva; pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, no ha llegado a resolver casos en los que se presente la omisión legislativa absoluta, lo cual permitiría determinar aquí la existencia de un vacío jurídico en

---

<sup>95</sup> Sofía Ávalos, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 14-15.

<sup>96</sup> Laura Rangel Hernández, “La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad...”, 188.

dicho sentido<sup>97</sup>. Incluso como se estudiará más adelante, se puede observar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ha llegado a crear una clasificación de lo que ellos catalogan como omisiones legislativas.

Continuando con este país, llama la atención el hecho de que al igual que en el acápite previo sobre la conceptualización de la figura omisión legislativa, no existe una unanimidad de criterios, ya que esta figura se encuentra regulada de forma distinta en los Estados mexicanos que la han positivizado en sus textos constitucionales, sin embargo en lo que sí existe una unanimidad de criterios, como lo señalan Astudillo<sup>98</sup> y Avalos, es en atribuirle la positivización de esta figura al estado de Veracruz, estado pionero dentro de México en regular dicha figura, lo que conllevó a que los mecanismos de control constitucional tomen una nueva perspectiva<sup>99</sup>. Fue la reforma constitucional del año 2000 del Estado de Veracruz, en su artículo 65, párrafo III<sup>100</sup>, el que dio origen a la omisión legislativa como figura positiva dentro del derecho mexicano.

Además de ser el primer estado en regular esta figura, la innovación fue la creación de una sala constitucional, la cual es parte del Tribunal Superior de Justicia de Veracruz; esta sala conformada por tres magistrados interviene en todos los procesos que se entablan frente a este Tribunal, ya que es deber de estos proteger la constitución<sup>101</sup>.

Con respecto a la figura de la omisión legislativa, en el estado de Veracruz como pionero dentro de México, se pueden encontrar algunas singularidades, por ejemplo: la omisión legislativa no se desarrolla en una sola instancia, es la sala constitucional la encargada de formular el proyecto de resolución, pero es el Tribunal Superior de Justicia en pleno el que resuelve en forma definitiva. Esta particularidad

---

<sup>97</sup> Laura Rangel Hernández, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 15.

<sup>98</sup> César Astudillo, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa...”, 1668.

<sup>99</sup> Sofía Ávalos, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 25.

<sup>100</sup> Constitución Política del Estado de Veracruz del 2000. Artículo 65: El pleno del Tribunal Superior de Justicia conocerá, en los términos que establezca la Ley, de los asuntos siguientes. Párrafo III De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna Ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga: a) El Gobernador del Estado; o b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.

La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la Ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atiende la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha Ley o decreto.

<sup>101</sup> César Astudillo, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa...”, 1669.

ha sido criticada, por cuanto rompe con el principio de exclusividad competencial que se reconoce a los órganos de Justicia Constitucional<sup>102</sup>.

Es de tener en cuenta que, la figura de la omisión legislativa, dentro de este estado no sólo es aplicable bajo el entendido de la existencia de una norma que vulnera la norma fundamental, sino también a la inexistencia de las normas que deben darse por un desarrollo legal<sup>103</sup>, en otras palabras, es aplicable la omisión legislativa absoluta y relativa.

Por otro lado, el proceso de omisión legislativa del Estado de Veracruz, se caracteriza además por ser un proceso de tutela objetiva de la Constitución. Esto demuestra que el mecanismo procesal se interpone en interés de la Constitución, por sujetos que los hace idóneos para la protección del beneficio general. Además, dicho proceso representa un mecanismo de control abstracto, en donde la norma constitucional funciona en calidad de premisa mayor, y la actitud omisa del legislador como premisa menor del silogismo realizado por el juez constitucional<sup>104</sup>.

Posterior al estado de Veracruz, prosiguió con la positivización de dicha figura el estado de Tlaxcala, en su reforma constitucional del año 2001, en su artículo 81 # VI<sup>105</sup>. El objeto de la omisión legislativa en dicho estado, se basa en la falta de expedición de normas jurídicas de carácter general<sup>106</sup>, por lo cual se puede afirmar que en dicho estado la omisión legislativa no sólo le es imputable al Congreso, sino también al Gobernador, los Ayuntamientos y Consejos Municipales; y en todos los casos, tratándose de disposiciones generales que se deban expedir de conformidad con la Constitución, tanto la general de la república como la local del Estado<sup>107</sup>, se toma la figura de la omisión legislativa desde una perspectiva amplia.

---

<sup>102</sup> *Ibíd*em, 1670.

<sup>103</sup> *Ibíd*em, 1671.

<sup>104</sup> *Ibíd*em, 1673.

<sup>105</sup> Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala del 2001, Artículo 81 El pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Tribunal de Control Constitucional del Estado, conocerá de los asuntos siguientes. #VI: De las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador y ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes. El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado. Al admitirse la demanda, se ordenará correr traslado a la responsable y al Director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado, para que rindan sus informes. Se celebrará una audiencia de pruebas y alegatos e inmediatamente después se dictará la resolución correspondiente. De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad. En lo conducente, serán aplicables a esta acción lo establecido en los incisos d), e), f), g) e i), de la fracción anterior,

<sup>106</sup> César Astudillo, "Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa...", 1677.

<sup>107</sup> Laura Rangel Hernández, "La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...", 7.

En palabras de Astudillo, la omisión legislativa del estado de Tlaxcala:

Por ende, las omisiones pueden consistir, de conformidad con la fórmula introducida, en la no expedición de leyes, decretos e incluso acuerdos por parte del congreso local; pero, además, entran en igual consideración las normas no expedidas por los ejecutivos bajo la forma de reglamentos, decretos, acuerdos, circulares, órdenes y disposiciones de alcance general; incluso, las normas no emitidas por los ayuntamientos y que podrían tomar la forma de bandos de policía y gobierno, reglamentos, circulares, disposiciones administrativas de observancia general, etc<sup>108</sup>.

Otra de las particularidades de este estado, es el tiempo que se le concede al órgano legislador, en caso de demostrarse la existencia de una omisión legislativa, el cual no puede exceder el plazo máximo de tres meses, para que se expida la norma omitida, y el incumplimiento de dicha sentencia será motivo de responsabilidad para el órgano omisivo, el cual puede conllevar la destitución de la autoridad omisa<sup>109</sup>.

Posterior a estos dos estados, se creó una tercera normatividad, que reguló la omisión legislativa en México, y así en la reforma constitucional del estado de Chiapas del año 2002, se creó la regulación a dicha figura; pero esta constitución, se reformó nuevamente en el año 2007, en la cual se continuó trabajando la omisión legislativa desde una manera análoga, y por ende no se concretizó en un artículo dicha figura, pero se ha trabajado en concordancia y afinidad de algunos artículos como el 1, 50 a 56 y 84<sup>110</sup>.

Así, la omisión legislativa en Chiapas, al igual que en el estado de Veracruz, procede cuando el congreso no ha aprobado una Ley o un decreto que debe de regular alguna materia, la cual se ha ordenado por la constitución<sup>111</sup>; por consiguiente la omisión legislativa recae sobre iniciativas de leyes o decretos, y no sobre otras iniciativas que para el adecuado desarrollo de la Constitución también requieren de una normativización<sup>112</sup>. Cabe señalar que se trata de un proceso donde se impugna la no existencia de una norma, por lo cual no es adecuado requerir que se exprese la norma general impugnada<sup>113</sup>: así, en el estado de Chiapas se toma la figura de la omisión legislativa desde una perspectiva restringida, es decir, donde sólo se busca determinar la inconstitucionalidad de la omisión del legislador.

---

<sup>108</sup> César Astudillo, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa...”, 1677.

<sup>109</sup> *Ibidem*, 1680.

<sup>110</sup> Constitución Política del Estado de Chiapas 2007, en dicho texto, la omisión legislativa no se plasmó en un artículo, por lo cual se trabaja de manera análoga en los artículos mencionados, en cierta medida conforme a lo regulado frente al tema en el texto Constitucional del año 2002.

<sup>111</sup> Laura Rangel Hernández, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 8.

<sup>112</sup> César Astudillo, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa...”, 1684.

<sup>113</sup> *Ibidem*.



Un cuarto estado mexicano en adoptar a la omisión legislativa dentro de su Constitución, fue Quintana Roo, quien en su reforma constitucional del año 2003, introdujo dicha figura dentro de su texto en el artículo 103 #VIII<sup>114</sup>. En dicho estado se aplica la figura de omisión legislativa en los casos que el Congreso no expida una Ley o Decreto, y dicha omisión afecte el cumplimiento de la Constitución<sup>115</sup>; por ende se observa que la figura de dicho Estado centra su atención en la inactividad exclusiva del Poder Legislativo dentro de las dos manifestaciones legislativas más importantes: la Ley y el Decreto<sup>116</sup>. La solución de esta omisión se caracteriza por conceder un plazo, el cual se configura en la sesión legislativa que esté en curso, periodo que puede ser disminuido dependiendo si la situación así lo amerita<sup>117</sup>; este estado también trabaja la omisión legislativa desde una perspectiva restringida, enfatizando esta figura a la omisión de sus actos legislativos más importantes.

El último de los estados que emerge con la figura de la omisión legislativa, es Coahuila, que en el año 2005 reformó su Constitución introduciendo dicha figura como norma, regulándola así en su artículo 158 #II – 3, literal F<sup>118</sup>.

Una de las primordiales características del estado de Coahuila es la ampliación del objeto específico de la inconstitucionalidad, la cual no sólo será aplicable en la inexistencia de una norma, si no en la posible contradicción de una norma general y la constitución<sup>119</sup>; dicha acción procede en la omisión legislativa, y consiste en la falta de regulación legislativa o reglamentaria, ya sea de una manera total o parcial<sup>120</sup>.

Para concluir el estudio de la omisión legislativa dentro de las constituciones, se presenta el caso de Ecuador, quien en su reforma constitucional del 2008 integró

---

<sup>114</sup> Constitución Política del Estado de Quintana Roo del año 2003, Artículo 103: Corresponde al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, el Ejercicio de las siguientes atribuciones. #VIII Resolver las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad local y las acciones por omisión legislativa, en términos de los artículos 104 y 105 de esta Constitución y conforme al procedimiento que establezca la Ley respectiva.

<sup>115</sup> Laura Rangel Hernández, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 9.

<sup>116</sup> César Astudillo, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa...”, 1688.

<sup>117</sup> Laura Rangel Hernández, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 9.

<sup>118</sup> Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza del 2005, Artículo 158 De las acciones de inconstitucionalidad local que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma o acuerdo de carácter general y esta Constitución, las que deberán resolverse con base en lo establecido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. # II-3 Procederán contra. literal f: La omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria.

<sup>119</sup> César Astudillo, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa...”, 1694- 1695.

<sup>120</sup> *Ibidem*, 1696.

la figura de la omisión legislativa a su normatividad en su artículo 436 # 10<sup>121</sup>. Sagüés, considera que la norma constitucional ecuatoriana, guarda similitud con la norma del Estado de Chiapas<sup>122</sup>, y asevera que se puede observar que la norma ecuatoriana, busca afirmar la fuerza normativa de la Constitución, entendiendo como omisión legislativa no sólo las omisiones del legislador, sino las omisiones de toda autoridad que por orden constitucional debe pronunciarse con una norma<sup>123</sup>, para así lograr el desarrollo legislativo necesario y el buen funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Tomando en cuenta todo lo anterior, la autora Rangel plantea que, cuando existe una previsión de derecho positivo para el control de las omisiones legislativas, una vez constatada su existencia, el juez deberá actuar como se lo ordena su norma, y en este sentido se pueden observar que a nivel constitucional se han creado resoluciones por las normas supremas<sup>124</sup>.

Por otra parte la autora también observa que en los países donde no existe dicha regulación, será el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad, quien puede declararse apto para conocer, o impedido para actuar; en caso de tener la competencia, tendrán estos una amplia posibilidad de alternativas de soluciones, aun sin tener específicamente la perspectiva de la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa<sup>125</sup>.

Como pudo observarse la omisión legislativa se encuentra regulada en algunos países: aunque no exista una unanimidad de criterios en las normas reguladoras de dicha figura, si se puede notar que han tomado muy en cuenta los criterios doctrinales con los cuales se venían trabajando dicha figura.

---

<sup>121</sup> Constitución de la República del Ecuador del 2008, Artículo 436: La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la Ley, las siguientes atribuciones. #10 Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la Ley.

<sup>122</sup> Pedro Sagüés, “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la Corte Constitucional del Ecuador como legislador suplente y precario”, (en Estudios Constitucionales – año 7, No.2, 2009, pag.71-79, en [www.scielo.cl/scielo.php2.pid=s0718-52002009000200003&script=sci-arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php2.pid=s0718-52002009000200003&script=sci-arttext).), 72. Consultado: 5 de septiembre del 2014.

<sup>123</sup> Ibídem, 74.

<sup>124</sup> Anexo 1.

<sup>125</sup> Laura Rangel Hernández, “La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad...”, 193-195.

### 1.3. Tipos de omisión legislativa.

En este punto se expone la forma como se ha clasificado desde su origen esta figura, ya que desde sus inicios, el jurista alemán Wessel la identificó en dos tipos: las totales o absolutas, y las parciales o relativas. Estas dos clasificaciones son las más importantes y más conocidas, pero esto no ha sido impedimento para que algunos autores e incluso algunos Tribunales hagan sus propias clasificaciones de dicha figura, las cuales por supuesto no han trascendido como las propuestas por el alemán Wessel.

#### 1.3.1. La omisión legislativa absoluta.

Sobre este tipo de omisión son varios los autores que se han pronunciado, por lo cual sólo se estudiarán las posturas más relevantes sobre el tema.

Rangel, apoyándose en la clasificación realizada por Wessel, retoma además la perspectiva de Bazán, quien aborda las omisiones legislativas absolutas como una ausencia total de las normas<sup>126</sup>; sin embargo es necesario anotar que Wessel niega por principio que la omisión legislativa absoluta produzca una lesión a los derechos<sup>127</sup>, por cuanto el derecho como tal no existe; por este motivo se podría decir que ante una omisión legislativa absoluta no hay posibilidades de una actuación represiva<sup>128</sup>, y por consiguiente sería más bien una cuestión que se debería de resolver en el ámbito Político más que Jurídico<sup>129</sup>. Esta perspectiva es un tanto semejante a la postura del Kelsen, en cuanto a que, la omisión no acarrearía consecuencias jurídicas.

El Jurista italiano Trocker, le hace una precisión a la clasificación del alemán Wessel, en su texto, “Le Omissioni del Legislatore e la Tutela Giurisdizionale Dei Diritti Di Liberta”, en cuanto considera que las omisiones legislativas absolutas, deben de subdividirse en, omisiones legislativas absolutas impuras, y las omisiones legislativas absolutas puras<sup>130</sup>. Este autor considera que las omisiones legislativas absolutas impuras, son las que se presentan sobre una Ley que pierde su validez dentro del ordenamiento jurídico sin que haya sido remplazada por el legislador, y así al salir esta norma del ordenamiento jurídico, se está cometiendo una omisión

---

<sup>126</sup> Laura Rangel Hernández, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 5.

<sup>127</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 349.

<sup>128</sup> María Valcarce, “Control de constitucionalidad de omisiones legislativas...”, 3.

<sup>129</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 350.

<sup>130</sup> Juan Carlos Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional...”, 469.

legislativa absoluta impura por parte del legislador, y es impura por cuanto alguna vez existió una regulación sobre la materia. Por el contrario, las omisiones legislativas absolutas puras, son las que se presentan cuando existe la omisión del legislador, y además de esto, la materia que se debe de regular nunca ha tenido regulación alguna.

En un criterio muy semejante al del autor alemán, Astudillo, nos dice que se puede identificar fácilmente al órgano causante de la omisión legislativa absoluta, tomando en cuenta el criterio competencial, pero existe una dificultad en cuanto a la identificación del derecho que se vulnera, ya que este, sencillamente no existe<sup>131</sup>, por lo cual se podría observar que hay una dificultad de iniciar una acción jurídica, ya que el derecho vulnerado no se puede determinar fácilmente en una vía jurídica.

Así autores como Casal, consideran que la inactividad del legislador, especialmente en la omisión legislativa absoluta, se debe de dar bajo una lectura Política, por cuanto sería muy difícil superar una omisión de este tipo por vía judicial, en tanto existiría una mayor facilidad de superar dicha omisión por tales vías<sup>132</sup>. Estos criterios son muy semejantes ya que consideran que una omisión legislativa absoluta no tendría cabida en la vía jurídica por tratarse de un conflicto de interés Político, motivo este por el cual su solución debería de darse al mismo nivel.

Continuando con el tema de la omisión legislativa absoluta, otro criterio muy importante es el del italiano Mortati, quien considera que la clasificación de Wessel necesita de una precisión, ya que la ausencia de toda disciplina legal para el desarrollo de un principio constitucional no era, per se, suficiente para considerar inadmisibles una acción dirigida a poner remedio a tal situación<sup>133</sup>, lo cual implicaría que para el jurista italiano, la omisión legislativa absoluta tiene cabida dentro las vías jurídicas constitucionales y por lo tanto los actos omisos del legislador pueden ser catalogados como inconstitucionales.

Es de tener presente que Wessel, Mortati y Trocker, realizaron sus trabajos de estudio de la omisión legislativa antes de que esta se plasmara como norma en algún texto constitucional, por lo cual ellos hablaban desde una perspectiva doctrinal.

De igual manera se encuentran definiciones más contemporáneas de la omisión legislativa absoluta, y a la vez más sencillas, por ejemplo: Astudillo,

---

<sup>131</sup> César Astudillo, "Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa...", 1697.

<sup>132</sup> Jesús Casal, "La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas...", 36.

<sup>133</sup> Francisco Fernández Segado, "El control de Constitucionalidad de las omisiones...", 351.

considera que existe una omisión legislativa absoluta cuando el legislador evita expedir una Ley o Decreto que afecte el desarrollo de la Constitución, y por consiguiente esta afecta a la misma<sup>134</sup>. Por otro lado Avalos, considera que se puede hablar de omisión legislativa absoluta, cuando el legislador no cumple con la orden constitucional de legislar una institución jurídica como tal<sup>135</sup>. A su vez, Bulnes, opina que la omisión legislativa absoluta se da cuando falta todo tipo de actuación del legislador, destinada a cumplir con el principio o precepto constitucional<sup>136</sup>. En un concepto más sencillo Casal, piensa que la omisión legislativa absoluta, presupone un deber de legislar no desarrollado<sup>137</sup>. Para Ibagón, la omisión legislativa absoluta se presenta cuando existe un total incumplimiento del deber constitucional de legislar, en otras palabras, el legislador se abstiene de legislar sobre una materia constitucionalmente preestablecida generando así lo que ésta autora determina como una “ausencia de normativa legal”<sup>138</sup>.

Valcarce, expone las omisiones legislativas absolutas como, la falta de cualquier disposición posterior de desarrollo legislativo del precepto constitucional<sup>139</sup>. Rangel, propone que la omisión legislativa absoluta, consiste en la ausencia total de un conjunto normativo reglamentario de la Constitución, cuya expedición se debe dar por un mandato constitucional, o que el mismo texto constitucional remite a la legislación secundaria, al disponer los términos en que debería de actuar el legislador y la legislación reglamentaria respectiva<sup>140</sup>.

Villota, presenta la omisión legislativa absoluta como el incumplimiento total de legislar, a pesar de existir un mandato constitucional, dejando sin regulación dicha materia<sup>141</sup>. Fernández Segado, formula la omisión legislativa absoluta, en la constatación del incumplimiento del legislador, al no dictar una norma jurídica, incluso dentro de un plazo razonable<sup>142</sup>.

Bazán, considera que la omisión legislativa absoluta, existe cuando hay una ausencia total de la norma, que debería de regular una situación jurídica fijada por la

---

<sup>134</sup> César Astudillo, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa...”, 1688.

<sup>135</sup> Sofía Ávalos, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 6.

<sup>136</sup> Luz Bulnes, “La inconstitucionalidad por omisión...”, 253.

<sup>137</sup> Jesús Casal, “La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas...”, 56.

<sup>138</sup> Mónica Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia...”, 316.

<sup>139</sup> María Valcarce, “Control de constitucionalidad de omisiones legislativas...”, 3.

<sup>140</sup> Laura Rangel Hernández, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 14-15.

<sup>141</sup> Susana Villota, “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas...”, 469.

<sup>142</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 359.

constitución<sup>143</sup>. Hernández, opina que la omisión legislativa absoluta se produce cuando existe la falta de una actuación normativa, destinada a aplicar el precepto o principio constitucional; así la inconstitucionalidad anida en la propia falta o insuficiencia normativa por parte del legislador<sup>144</sup>. Fernández Rodríguez, afirma que la omisión legislativa absoluta consiste en la total ausencia de cualquier normativa que dote de efectividad la norma constitucional<sup>145</sup>.

Ahumada, en un criterio muy semejante a los anteriores, coincide al determinar la omisión legislativa absoluta como, falta de cualquier desarrollo legislativo del precepto constitucional<sup>146</sup>. Gómez Canotilho, define la omisión legislativa absoluta como, una infracción constitucional referida a la no producción de normas legales que el legislador no ha dictado<sup>147</sup>.

Finalmente Villaverde, considera que la omisión legislativa absoluta se presenta cuando existen silencios totales del legislador, que pueden transformarse en omisiones legislativas absolutas en la medida que estos generen una falta de normativa, que deberían de regular un mandato constitucional<sup>148</sup>. Este silencio del legislador fácilmente se puede confundir con el silencio de las lagunas jurídicas: es aquí donde radica la importancia de la diferenciación de estos dos problemas jurídicos, ya que la forma jurídica de solucionar cada una de estas es muy disímil, por lo cual es requisito determinar los elementos que les componen: análisis que se presentará más adelante.

Los criterios antes presentados, aunque de distintos autores, mantienen un elemento en común: la falta absoluta y total, de una legislación, la cual se cataloga como una omisión por parte del legislador que se presenta a través de un mandato constitucional, el cual debe de regular cierta materia que complementa el desarrollo jurídico de la Constitución, ya sea en un plazo expreso, un plazo razonable, o un plazo otorgado por el órgano encargado de proteger la Constitución: por tanto son estos los elementos que deben de coexistir para poder hablar de una omisión legislativa absoluta.

Analizando la omisión legislativa desde una perspectiva amplia, es claro que la Corte o Tribunal Constitucional puede determinar un plazo para legislar una

---

<sup>143</sup> María Valcarce, “Control de constitucionalidad de omisiones legislativas...”, 3.

<sup>144</sup> Juan Carlos Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional...”, 468.

<sup>145</sup> *Ibidem*.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> *Ibidem*, 468-469.

<sup>148</sup> *Ibidem*, 469.

materia. En este sentido se podría considerar que estos órganos también tienen la competencia para observar la necesidad de dictaminar una regulación de una determinada materia, deduciendo así que estos órganos como máximas autoridades constitucionales pueden determinar la importancia de regular cierta materia, aunque en la Constitución no se haya plasmado de manera explícita dicha regulación; esto se puede fundamentar en la Constitución como un texto vivo<sup>149</sup>, en tanto propone que el texto constitucional debe de modificarse en la medida que las necesidades sociales así lo requieran.

Por lo anteriormente expuesto, la omisión legislativa absoluta sería la ausencia total de legislar una materia que esta ordenada por la Constitución, dentro de un plazo explícito, un plazo razonable, o un plazo otorgado por el órgano encargado de la protección de esta, el cual también puede determinar la necesidad de regular una materia que no esté manifiestamente ordenada en el texto Constitucional. La inconstitucionalidad que se origina por dicha omisión, recaerá sobre todas aquellas autoridades, que tengan la competencia de regular alguna materia, por cuanto la Constitución como norma suprema, determina la validez de las normas de menor jerarquía.

### **1.3.2. La omisión legislativa relativa.**

Las omisiones legislativas relativas, son el otro tipo de clasificación que determinó el jurista alemán Wessel; por lo general y en cierta medida, estas y las omisiones legislativas absolutas, son los tipos más conocidos y trabajados de este tipo de omisiones.

Retomando la gran importancia que tiene la clasificación que se originó con el alemán Wessel, se retoma a continuación a Rangel, quien a su vez aborda el estudio de Bazán sobre la teoría del alemán, y así determina que para Wessel, las omisiones legislativas relativas, son las que se presentan cuando el legislador obedeciendo el principio constitucional favorece a ciertos grupos y olvida a otros, produciendo así un resultado discriminatorio o arbitrario al principio de igualdad<sup>150</sup>, agrega además

---

<sup>149</sup> Se puede observar una buena definición de interpretación de la Constitución como un Texto Vivo, en el caso *Missouri vs Holland*, donde el Juez Holmes, considera que desde la creación de la Constitución hasta el momento que suceden los hechos del caso en concreto, ha pasado mucho tiempo, y por ende los Constituyentes no pudieron prever casos como el que se resuelve, por lo cual hay que interpretar la Constitución como un Texto Vivo, de acuerdo a las necesidades sociales que se viven en el momento; también se puede observar esto en uno de los casos más emblemáticos del sistema Norte Americano, el cual es *Marbury vs Madison*.

<sup>150</sup> Laura Rangel Hernández, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 5.

que esta omisión legislativa relativa, abre espacios para la actuación del intérprete de la norma incompleta o defectuosa<sup>151</sup>.

Fernández Rodríguez, es un autor más contemporáneo, el cual también basa su definición de omisión legislativa relativa, de la teoría del alemán Wessel, y así define la misma como la normativa de desarrollo existente pero insuficiente<sup>152</sup> para el correcto desarrollo de la constitución, es decir una falta de “completud” en la norma<sup>153</sup>.

Al igual que en las omisiones legislativas absolutas, el jurista italiano Mortati, considera que el criterio de Wessel debe de ser precisado, por cuanto el desarrollo parcial de la Carta Constitucional es perseguible mediante la justicia constitucional, no sólo en el caso que dicha omisión se oponga al principio de igualdad, sino también de cuando ello derive en una lesión<sup>154</sup>. Esta precisión para Wessel, al igual que para los primeros juristas del Tribunal Federal de Alemania, que se enfrentaron por primera vez a la omisión legislativa sin una regulación previa, es un problema que sólo afecta el principio de igualdad, ya que la norma podía favorecer a unos cuantos y dejar por fuera a otros.

En la omisión legislativa relativa, al igual que en la omisión legislativa absoluta, son varios los autores que han dado su criterio con respecto a lo que se debe de entender por dicha figura, por lo cual a continuación se presentan algunos de ellos.

Astudillo, considera que la omisión legislativa relativa se presenta cuando, al expedir una Ley o Decreto, este se expide de forma deficiente y no regula adecuadamente un precepto constitucional<sup>155</sup>. Así la actuación parcial o incorrecta de las normas constitucionales, permite el uso de criterios renovadores de interpretación y abre la puerta a las resoluciones atípicas en las que la Corte o Tribunal Constitucional afronta directamente problemáticas que suscitan la completitud del ordenamiento y la aplicación del mismo, siempre teniendo en cuenta el principio de igualdad<sup>156</sup>. Este autor considera que tales problemas son parte del trabajo del legislador, por lo cual no es competencia del juez constitucional enfrentarlos, pero aun así el juez basándose en amplios criterios de interpretación lo hace.

---

<sup>151</sup> María Valcarce, “Control de constitucionalidad de omisiones legislativas...”, 3.

<sup>152</sup> Juan Carlos Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional...”, 470.

<sup>153</sup> Laura Rangel Hernández, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 5.

<sup>154</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 351.

<sup>155</sup> César Astudillo, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa...”, 1688.

<sup>156</sup> *Ibidem*, 1690.



Avalos, piensa que la omisión legislativa relativa, se da cuando existe una norma con carencias, las cuales permitan determinarla como una norma inútil, respecto del mandato constitucional<sup>157</sup>. Bulnes presenta a la omisión legislativa relativa, como un irrespeto por parte del legislador, frente a los derechos adquiridos por una persona, o por la violación al principio de igualdad de la Ley<sup>158</sup>.

Casal contempla a la omisión legislativa relativa, como una regulación de una materia incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional<sup>159</sup>; para este autor dicha figura se origina no simplemente en la regulación de una materia, que por sí sola no entraña la inconstitucionalidad, sino en la regulación parcial o relativa de una materia, cuando la Constitución exigía que esta regulación tuviera un mayor alcance<sup>160</sup>.

Ibagón propone la omisión legislativa relativa como una regulación deficiente, incompleta, al no prever todos los presupuestos objeto de la norma para que esta se adecuara a la Constitución<sup>161</sup>. A su vez, Rangel plantea que la omisión legislativa relativa es la que se presenta cuando existe una deficiente o incompleta regulación de algún precepto constitucional, o sea que si bien existe una Ley Reglamentaria u Ordinaria, esta no abarca los presupuestos que la Constitución había previsto, o la misma es violatoria del principio de igualdad<sup>162</sup>.

Fernández Segado, al hablar de omisiones legislativas relativas señala que éstas son las que permiten hacer un reproche al legislador, por cuanto lesionan derechos fundamentales, en la medida que regulan ciertas pretensiones jurídicas de algún grupo determinado<sup>163</sup>, lo que permite deducir que existe una violación al principio de igualdad; este autor considera que las omisiones legislativas relativas se caracterizan por lo general por ser violatorias al principio de igualdad<sup>164</sup>. Así la incompatibilidad de las normas con el principio de igualdad, ante la vista de la constitución, es lo que permite determinar que se está en presencia de una omisión

---

<sup>157</sup> Sofía Ávalos, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 9.

<sup>158</sup> Luz Bulnes, “La inconstitucionalidad por omisión...”, 253.

<sup>159</sup> Jesús Casal, “La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas...”, 51

<sup>160</sup> *Ibidem*, 56

<sup>161</sup> Mónica Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia...”, 316.

<sup>162</sup> Laura Rangel Hernández, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 15

<sup>163</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 350.

<sup>164</sup> *Ibidem*, 359

legislativa relativa, y a la vez esto posibilita que se pueda declarar la inconstitucionalidad de la norma infractora<sup>165</sup>.

Miranda, presenta el concepto de omisión legislativa relativa desde una perspectiva más simple, al inferir que ésta se da cuando existe una deficiencia en la actividad del legislador, y por ende se crea una norma en el mismo sentido<sup>166</sup>.

Valcarce, considera que se puede hablar de omisiones legislativas relativas, cuando la actuación del legislador ha sido parcial, al producir una Ley que sólo disciplina algunas relaciones y no otras, aun tratándose de presupuestos análogos, lo cual permite determinar la lesión al principio de igualdad<sup>167</sup>. Por su parte Bazán plantea la omisión legislativa relativa, cuando el legislador en cumplimiento del mandato constitucional, propulsa una norma en la cual favorece a ciertos grupos, aventajando a unos y dejando de lado otros<sup>168</sup>. Villota expone la omisión legislativa relativa, como el cumplimiento incompleto del mandato constitucional<sup>169</sup>.

Hernández, afirma que la omisión legislativa relativa, es cuando el legislador, al normar cierto instituto sobre el cual interviene en el ejercicio de potestades discrecionales, irrespeta el principio de igualdad ante la Ley<sup>170</sup>. Del mismo modo, Ahumada señala como omisión legislativa relativa, el comportamiento del legislador que ha sido parcial al emanar una Ley que disciplina sólo algunas relaciones y no otras, lesionando así el principio de igualdad<sup>171</sup>.

Gómez Canotilho, determina la omisión legislativa relativa, cuando afirma que en ella, la norma dictada omite determinados contenidos o previsiones, y así se cumple con entera satisfacción las exigencias constitucionales impuestas al legislador<sup>172</sup>. Morón, sintetiza estos criterios al determinar la omisión legislativa relativa, en una actuación parcial que disciplina sólo algunas de las relaciones o supuestos y no otras que se podrían entender como análogas<sup>173</sup>, y así esta regulación conlleva una violación al derecho fundamental de igualdad.

---

<sup>165</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht”, (en Víctor Bazán, coord., Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo, Tomo II, Buenos Aires, Chamorro Impresiones, 2010), 1024

<sup>166</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 356

<sup>167</sup> María Valcarce, “Control de constitucionalidad de omisiones legislativas...”, 3.

<sup>168</sup> *Ibidem*, 4.

<sup>169</sup> Susana Villota, “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas...”, 469.

<sup>170</sup> Juan Carlos Morón Urbina, La omisión legislativa inconstitucional..., 469

<sup>171</sup> *Ibidem*, 470.

<sup>172</sup> *Ibidem*.

<sup>173</sup> *Ibidem*, 470-471

Villaverde, explica la omisión legislativa relativa, como una norma con enunciados que vulneran el principio de igualdad, bien porque excluyen expresamente sin razón alguna, un grupo determinado de individuos, negando el beneficio al que tendrían derecho, o bien porque la norma al regular un beneficio lo hace a favor de un grupo determinado y guardando silencio sobre los demás<sup>174</sup>. Para este autor, la omisión legislativa relativa, no es un silencio del legislador ya que existe la normativa, pero esta excluye expresamente de su regulación una determinada materia<sup>175</sup>.

Tomando en cuenta todo lo anterior, se puede definir la omisión legislativa relativa, como, el cumplimiento imperfecto, deficiente, defectuoso, por parte del legislador, sobre el mandato constitucional de regular una materia determinada, causando así una lesión a la Constitución, ya que al momento de legislar se beneficia a un grupo determinado de personas, y se discrimina a otras, las cuales se dejan por fuera de dicho beneficio sin motivo aparente alguno. Lo que conlleva a que la norma se encuentre en una inconstitucionalidad, por cuanto afecta el principio del derecho a la igualdad<sup>176</sup>, principio que en las constituciones aparece como derecho fundamental.

Es de anotar en este punto, que para Wessel, la omisión legislativa absoluta, no violaba derechos, en cuanto no existe una regulación, y por ende se viola el mandato constitucional; pero por el contrario, la omisión legislativa relativa, tiene una regulación que determina unos derechos, otorgando beneficios injustificados a cierto grupo de personas.

### **1.3.3. Otras clasificaciones de la omisión legislativa.**

Como se ha expresado, las formas de clasificación de la omisión legislativa, más comunes son las que se dieron por el alemán Wessel, las cuales se presentaron con anterioridad. Pero esto no ha sido impedimento para que algunos autores e incluso Tribunales, propongan algunas formas de clasificación de las omisiones las cuales por supuesto no se alejan mucho de la clasificación original del autor alemán, y por consiguiente se podrían denominar como sub clasificaciones de estas.

---

<sup>174</sup> *Ibíd*em, 474

<sup>175</sup> *Ibíd*em, 475.

<sup>176</sup> Es necesario precisar que, Autores como Prieto Sanchis, en su texto *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, determinan que todo Sistema Jurídico de Derechos Humanos, debe de tener como base fundamental tres derechos, sin los cuales no se podría hablar de un Sistema de Derechos Humanos, estos derechos son: la Dignidad, Libertad e Igualdad. Derechos que para este autor son la piedra angular de todos los Sistemas contemporáneos de Derechos Humanos.

Casal, plantea que las omisiones legislativas se pueden clasificar desde un aspecto causal, y así el propone una nueva forma de clasificación de las omisiones legislativas en la siguiente forma:

- Por inobservancia de mandatos concretos del legislador: en este tipo de omisión, se puede observar la falta de desarrollo legal de algún precepto constitucional, el cual se debía dar dentro del plazo establecido por la constitución, o dentro del plazo razonable que se pueda deducir de las circunstancias y necesidad.

- Por violación (omisa) de directrices constitucionales sobre el contenido de las leyes: estos son los casos en que los preceptos constitucionales enuncian directrices sobre el contenido de las leyes que sean dictadas para desarrollarlos, cuyo incumplimiento puede revestir la forma de la omisión legislativa.

- Por incumplimiento del deber de protección de los derechos constitucionales: este tipo de omisión, se da bajo la conceptualización de los derechos fundamentales, reconociendo la obligación del estado sobre la actuación o prestación de los mismos, y así marcando como determinante la obligación de protección de estos, sobre los daños que se puedan presentar por órganos o funcionarios del poder público y particulares.

- Por desconocimiento del reparto constitucional de competencias: este tipo de omisión se presenta cuando el órgano creador de una norma no es el competente para su creación; puede existir una mala interpretación de competencias concurrentes o compartidas, y por lo general se presenta en los estados Federados.

- Por la vulneración del principio de igualdad: estos son los casos más emblemáticos de inconstitucionalidad por omisiones relativas del legislador, y se relacionan con la exclusión de algunas personas, grupos o situaciones del ámbito de aplicación de un precepto que concede algún beneficio razón por la cual esta normativa ira en contra del principio de igualdad<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> Jesús Casal, “La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas...”, 57- 59

En este sentido se puede observar que en ésta última clasificación, las omisiones legislativas van desde una perspectiva causal hasta alcanzar un nivel de competencias del encargado de emitir la norma.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en el laudo 11/2006, dictado en un caso promovido por el estado de Tabasco, sobre omisiones legislativas, sin alejarse de la clasificación general y determina los tipos de omisión; es de recordar que en México, la Constitución a nivel federal, no tiene plasmada dentro de su articulado uno que hable sobre la omisión legislativa, pero aun así se han asimilado algunas figuras que permiten la protección de los derechos en caso de existencia de una omisión legislativa. En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha dicho:

OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS. En atención al principio de división funcional de poderes, los órganos legislativos del Estado cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio, y en su desarrollo pueden incurrir en diversos tipos de omisiones. Por un lado, puede darse una omisión absoluta cuando aquéllos simplemente no han ejercido su competencia de crear leyes ni han externado normativamente voluntad alguna para hacerlo; por otro lado, puede presentarse una omisión relativa cuando al haber ejercido su competencia, lo hacen de manera parcial o simplemente no la realizan integralmente, impidiendo el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes. Ahora bien, combinando ambos tipos de competencias o facultades –de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo–, y de omisiones –absolutas y relativas–, pueden presentarse las siguientes omisiones legislativas: a) Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; b) Relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; c) Absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga; y, d) Relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente<sup>178</sup>.

En esta perspectiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, inicia su clasificación tomando en cuenta la forma de las omisiones realizada por el alemán Wessel, y así ellos proponen que las omisiones legislativas se pueden observar desde una perspectiva de capacidades, tomando en cuenta quién es el órgano competente para la normativización de una materia.

Se puede entrever que, estas otras clasificaciones que se han dado de la omisión legislativa, parten desde una base común, la clasificación de Wessel, sólo le

---

<sup>178</sup> Sofía Ávalos, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 19-20.

agregan elementos que la ayudan a determinar desde una perspectiva causal, añadiéndole además un elemento de competencia. Estas dos perspectivas se pueden entender como formas de clasificación amplia de lo que es una omisión legislativa.

Teniendo claro la importancia del concepto de la supremacía constitucional, en cuanto la Constitución es norma de normas, y por ende es piedra angular del ordenamiento jurídico, a la vez que esta otorga validez a las demás normas de inferior jerarquía; lo que hace posible relacionar este concepto con el tema de estudio, en cuanto la misma Constitución determina las normas de aplicación directa, y las normas que requieren de un desarrollo legal lo cual permite estudiar que pasa en los casos en los que el legislador omite este mandato constitucional y no legisla lo ordenado por la Constitución. Así se puede observar la omisión legislativa desde dos perspectivas, una amplia, la cual determina que la omisión legislativa se puede dar por cualquier autoridad pública que omita un desarrollo legal de su competencia y por ende vulnere ciertos derechos, y una perspectiva restringida y más clásica en la cual la omisión legislativa solo recae sobre la Rama Legislativa, en cabeza de todos aquellos órganos colegiados de elección popular que representan la voz del pueblo.

Dejando en claro la figura de la omisión legislativa, desde la perspectiva histórica, doctrinal y normativa, se revisa las clasificaciones que se han realizado de esta figura, dentro de las cuales encontramos las más importantes, las absolutas y relativas, las cuales han permitido desarrollar sub clasificaciones a partir de criterios causales y de competencia sobre los responsables de la omisión.

## CAPITULO II

### **2. Las Lagunas jurídicas y la omisión legislativa, dos problemas jurídicos con soluciones diferentes.**

En el presente capítulo se realizara una revisión de las Lagunas Jurídicas, revisión que nos permitirá identificar de manera clara las diferencias existentes entre estas y las omisiones legislativas, por cuanto han sido tomadas como sinónimos de manera indiscriminada, a pesar que existen estudios de muchos autores<sup>179</sup> que demuestran sus diferencias, de las cuales las más relevantes son las formas como se solucionan cada uno de estos problemas jurídicos, por lo cual posteriormente a la revisión de las lagunas jurídicas, se analizarán algunas de las formas más comunes de solucionar las omisiones legislativas.

#### **2.1. Lagunas jurídicas y omisiones legislativas dos problemas jurídicos diferentes.**

Como se ha expuesto con anterioridad, muchos de los autores que han tratado el tema de omisión legislativa, toman este problema como un sinónimo de la laguna jurídica<sup>180</sup>, lo cual conlleva la importancia que a continuación se realice un estudio de diferenciación. Han sido pocos los autores que se han preocupado por adentrarse a estudiar las semejanzas y diferencias de estas, ya que de una manera muy amplia y en muchos casos sin argumentos, la laguna jurídica ha sido descrita como el resultado de una omisión legislativa, o inversamente. Esto, desconociendo que cada uno de estos problemas jurídicos tienen subtipos de clasificación, los cuales presentan características distintas de cada una y así se las puede concebir en una forma más particular.

Autores como Kelsen<sup>181</sup>, Cossío<sup>182</sup> y Bobbio<sup>183</sup>, se han catalogado como grandes teóricos de las lagunas jurídicas, ya que ellos fueron quienes estudiaron a

---

<sup>179</sup> Uno de los estudios más importantes en el tema de comparación de estos dos problemas jurídicos, es el de Mortati, por cuanto el diferencia estos problemas desde tres perspectivas, las cuales han sido base de estudios posteriores y de la mayoría de autores que trabajan este tema.

<sup>180</sup> Termino que se utilizó por primera vez por el Jurista y Teólogo Francés Jean Calvino, en el siglo XVI.

<sup>181</sup> Kelsen, en su texto *Teoría pura del Derecho*, considera que las lagunas jurídicas son un problema de interpretación, de ahí una de sus máximas la cual dice “todo lo que no está jurídicamente prohibido, esta jurídicamente permitido”, ampliando las funciones judiciales para que estos interpreten las normas y así no se presenten las llamadas lagunas jurídicas.

<sup>182</sup> Cossío, en su trabajo *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, y como siempre desde una perspectiva un poco contraria a la de Kelsen, considera que es necesario realizar una interpretación

profundidad este tema y sus teorías son aun analizadas. Con respecto al tema de las lagunas jurídicas, se observa entonces la necesidad de conceptualizar lo que se debe de entender por dicha figura, para así posteriormente pasar a observar sus tipos, y consecutivamente revisar las diferencias que existen entre las lagunas jurídicas y las omisiones legislativas.

Casal, considera que las lagunas jurídicas, se pueden entender como la ausencia de una regulación legal en relación con un asunto, que de acuerdo con el plan de desarrollo legal, debía de estar dentro de las posibles soluciones legales de la Ley dictada<sup>184</sup>. Continuando con el mismo autor, quien considera que las lagunas jurídicas pueden ser el resultado de una omisión legislativa, por cuanto el indebido desarrollo legal que exige la Constitución permite que se den omisiones legislativas (aunque el autor no lo expresa, es posible deducir que se está refiriendo a las omisiones legislativas relativas), ya que se requiere la participación activa del legislador para su resolución; y así en caso de que éste no participe, la omisión legislativa deberá de resolverse por los criterios de interpretación judicial que se le han otorgado al juez, por consiguiente la omisión legislativa en ese momento pasaría a ser una laguna jurídica, que es dejada de lado por el legislador y pasa a manos del juez<sup>185</sup>.

Así, es evidente que Casal, de una manera muy amplia, observa los dos problemas sin determinar los tipos de cada una, asumiéndolas como análogas, que se pueden resolver de una misma forma. Aspecto este que se revisará con el presente trabajo, ya que estos son distintos, y por consiguiente deben ser resueltas por mecanismos jurídicos alternos.

Para Chiassoni se puede identificar la laguna jurídica observando cuatro problemas que la caracterizan, el primero que lo denomina como tipológico conceptual, un segundo de carácter ontológico, el tercero que es metodológico y un cuarto problema que lo clasifica como fenomenológico. Para explicar el problema tipológico conceptual, el autor retoma a Bobbio, y así determina que la laguna jurídica no es la ausencia de una norma dentro de un ordenamiento jurídico, sino más

---

hermenéutica, que permita utilizar el principio de integración normativa, ya que el juez para poder interpretar debe de tener muy en cuenta las normas del ordenamiento jurídico y así no caer en un yerro de interpretación.

<sup>183</sup> Bobbio, en su texto *Teoría general del derecho*, considera que el problema de las lagunas jurídicas, es la falta de plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico con respecto a una norma del mismo, por cuanto se deja una zona de penumbra la cual necesita de una interpretación judicial.

<sup>184</sup> Jesús Casal, "La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas...", 60.

<sup>185</sup> *Ibidem*, 61.



bien, la carencia de una norma cierta para poder resolver un caso. Con respecto al problema ontológico, lo determina en la pregunta ¿pueden existir lagunas jurídicas, en cualquier sistema de derecho positivo? El problema metodológico, que es el más claro, se da con respecto a la forma como se deben de solucionar las lagunas jurídicas. Y por último el problema que el autor clasifica como el fenomenológico, se relaciona con las formas de manifestación de las lagunas jurídicas, en otras palabras se refiere a la posición de los intérpretes del derecho frente a las lagunas jurídicas<sup>186</sup>.

Teniendo en cuenta estos problemas que ayudan a identificar lo que se entiende por laguna jurídica, Chiassoni revisa varios autores y así determina los conceptos de la misma de la siguiente manera: empieza hablando de Conte, y presenta el concepto del mismo sobre la laguna jurídica, quien al hablar sobre ella hace referencia a la ausencia de normatividad, o a la falta de norma dentro del ordenamiento jurídico<sup>187</sup>. Se puede observar que en este concepto se habla de laguna jurídica, indiscriminadamente sin especificar sus tipos, por lo cual es un concepto amplio que permite confundirlo fácilmente con el concepto de omisión legislativa.

Continuando con este autor, quien también presenta el concepto de laguna jurídica desde la perspectiva de Ulrich, para quien se trata de la ausencia de norma, o carencia de una norma que debería de estar en función de otra norma<sup>188</sup>. Este concepto ayuda a observar la supremacía constitucional, ya que como se presentó en un inicio, se puede inferir de este concepto que las normas de menor jerarquía están en disposición de la Constitución. Pero como se evidenció, este autor también retoma la laguna jurídica desde una perspectiva amplia, que fácilmente permite la confusión de los conceptos de las omisiones legislativas y las lagunas jurídicas.

Por esta razón es claro que estos dos autores, concurren en el concepto de la laguna jurídica como una falta de regulación normativa, motivo por el cual se puede considerar necesario el estudio de las clasificaciones de las lagunas jurídicas, para que no exista confusión con las omisiones legislativas.

Finalmente Chiassoni presenta su conceptualización de lagunas jurídicas, las cuales se deben de entender como la verificación de una situación, en la que el ordenamiento jurídico o normativas vigentes, no ofrecen una posible solución, lo

---

<sup>186</sup> Pierluigi Chiassoni, “Lagunas en el derecho, proyecto de voz para un vademécum jurídico”, (en Paolo Comanducci, comp., *Análisis y derecho*, México: Ediciones Coyoacán, 2004), 175 - 177.

<sup>187</sup> *Ibidem*, 178

<sup>188</sup> *Ibidem*, 183

cual constituye un obstáculo para el ideal de legalidad<sup>189</sup>. Este autor al presentar su concepto permite identificar que al momento de hablar de lagunas jurídicas, se debe de entender que existe una normativa, la cual no se ha desarrollado a cabalidad y por ende habrá vacíos que no permitan el desarrollo legal requerido, y que son dejados en manos de los jueces.

Sáchica, concibe las lagunas jurídicas como actitudes pasivas o negativas, que dan como resultado la carencia de normas jurídicas dejando en suspenso indefinidamente la vigencia y eficacia de la norma constitucional, creándose así la laguna jurídica<sup>190</sup>. Esta concepción al igual que la de muchos de los autores presentados previamente, es un concepto amplio de lo que se puede entender por laguna jurídica, dando a entender que ésta se fundamenta en la carencia de normativa.

Vargas, al referirse sobre el tema, plantea las lagunas jurídicas como un caso en concreto que no ha sido previsto por el legislador, o por el contrario, las normas vigentes no otorgan una solución<sup>191</sup>. Esto tomando en cuenta que no es posible que el legislador en cumplimiento de sus funciones pueda prever todos los casos que pueden surgir<sup>192</sup>, y así entonces el problema de las lagunas jurídicas pasaría a ser un asunto propio del juez, en cuanto éste las puede resolver de manera directa, tomando en cuenta el criterio de interpretación que a ellos les ha sido autorizado. Pero aquí el autor Chiassoni, discrepa al considerar que surge un nuevo problema, ya que habría que estudiar las formas de interpretación y al mismo tiempo cuestionarse sobre la teoría de las fuentes del derecho<sup>193</sup>, esto por cuanto para él, los métodos tradicionales de interpretación buscan la voluntad del legislador, y por lo mismo son completamente inadecuados para enfrentar las lagunas jurídicas<sup>194</sup>. Finalmente Chiassoni considera que un sistema jurídico completo, es aquel en el cual el desarrollo normativo es tal, que no hay lugar para las lagunas jurídicas<sup>195</sup>.

---

<sup>189</sup> *Ibidem*, 168.

<sup>190</sup> Luis Carlos SÁCHICA, *El control de constitucionalidad sus mecanismos*, (Bogotá: Temis, 1988), 151.

<sup>191</sup> Jairo Vargas León, “Lagunas axiológicas en la ley Colombiana”, (en Pablo Elías González Mongui, coord., *Argumentación, lógica y hermenéutica jurídica contemporánea*, Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2011), 106

<sup>192</sup> *Ibidem*.

<sup>193</sup> Pierluigi Chiassoni, “Lagunas en el derecho, proyecto de voz para un vademécum jurídico...”, 168.

<sup>194</sup> *Ibidem*, 169.

<sup>195</sup> *Ibidem*, 202.

Por lo anteriormente expuesto, se puede identificar las lagunas jurídicas, como todos aquellos casos en los cuales no existe una norma para resolver el caso, o la normativa pertinente para resolverlo contiene un espacio neutro donde la regulación calla algo, o deja una zona de penumbra, y por consiguiente no habrá una forma lógica de resolver dicho caso. Motivo este por el cual el juez deberá de valerse de los distintos mecanismos de interpretación e integración de las normas del ordenamiento jurídico<sup>196</sup>.

La forma de solucionar las lagunas jurídicas, indiscriminadamente del tipo de laguna, se puede observar desde una perspectiva que las abarque a todas, ya que en sí la solución se da por intermedio de la interpretación, integración<sup>197</sup> y ponderación<sup>198</sup> de las normas, para lo cual es necesario el acudir a principios generales del derecho, tales como la equidad y analogía<sup>199</sup>.

### **2.1.1. Tipos de lagunas jurídicas: normativa y axiológicas.**

Continuando con las lagunas jurídicas, claramente se puede apreciar que al igual que las omisiones legislativas, aquellas se caracterizan por tener una subdivisión, dentro de la cual se parte este problema en dos tipos ampliamente reconocidos a nivel mundial, a saber: las lagunas normativas, y las lagunas axiológicas; de la misma manera que en las omisiones legislativas, esto no ha sido impedimento para que algunos autores la clasifiquen en otras subdivisiones, que en realidad para el estudio concreto que aquí se presenta no aportan de manera relevante.

Así, desde la perspectiva de Vargas se puede definir las lagunas jurídicas como: lagunas normativas, las cuales se presentan cuando el caso en concreto no se ha previsto ni resuelto por las normas vigentes, y así los textos legales no aconsejan

---

<sup>196</sup> En este punto es necesario analizar al autor Genaro Carrió, quien en su texto, *Notas sobre derecho y lenguaje*, revisa desde una perspectiva muy interesante la discusión de los jueces como creadores de derecho, planteando que dicho termino puede ser una mal interpretación del lenguaje, en cuanto es obvio que el juez es creador del derecho, con el simple hecho de dictaminar una sentencia, motivo por el cual para el autor es necesario saber utilizar bien el lenguaje y así poder determinar a qué se hace referencia cuando se habla sobre los jueces como creadores de derecho.

También es importante resaltar en este punto el texto de la autora Claudia Escobar, “El rol de las reglas en la era de los Principios”, quien nos plantea que hoy en día los sistemas jurídicos ya no son sistemas puros y por ende son sistemas mixtos, en los cuales los jueces primero toman la decisión y luego está la basan en una red normativa, por intermedio de la cual soportan la misma.

<sup>197</sup> Jesús Casal, “La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas...”, 60.

<sup>198</sup> Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, (Barcelona: Ariel, 2006), 169.

<sup>199</sup> Jairo Vargas León, “Lagunas axiológicas en la ley Colombiana...”, 108

la forma de resolver dicho problema jurídico<sup>200</sup>. Y las lagunas axiológicas: o aquellas que parten de la existencia de una norma, pero el juez considera que la norma es inadecuada, injusta o inconveniente para las partes y el caso en concreto. El desarrollo de esta laguna es un poco más complejo, ya que la misma no existe en el sistema, si no por el contrario existe una disputa de valores propios del ordenamiento, y así para su solución éste debe de buscar elementos interpretativos para dar una solución distinta de la prevista por la norma<sup>201</sup>.

Este mismo autor expone que el uso indiscriminado del termino lagunas jurídicas, y su no diferenciación conllevan a que se dé una confusión tanto terminológica, como también conceptual sobre las lagunas normativas y axiológicas<sup>202</sup>; elemento éste que cobra gran valor para la presente investigación, ya que como lo muestra este autor, el no uso de las categorizaciones de las lagunas jurídicas conlleva a la confusión de la misma, y así su uso indiscriminado fácilmente se puede confundir con el tema central de éste estudio: las omisiones legislativas.

Bulygin, al revisar a Kelsen, considera que la existencia de las lagunas jurídicas se debe a dos elementos: las lagunas normativas, que se configuran ante la falta de toda normatividad, y por otro lado las lagunas axiológicas las cuales se podrían entender como los casos en los cuales existe una norma, pero esta es inadecuada para resolver el caso en concreto<sup>203</sup>.

Ruiz, comenta que Bulygin y Alchourron, llegan a la conclusión que la laguna normativa existe, si y sólo si un determinado sistema jurídico no contiene una regla por intermedio de la cual se le pueda dar solución al caso en concreto, mientras que la existencia de la laguna axiológica se configura cuando la norma que existe no tiene una propiedad relevante frente al balance de los principios que también deben de considerarse como prominentes<sup>204</sup>.

Por su parte, Chiassoni al referirse a Bulygin y Alchourron, hace referencia a los cuatro tipos de lagunas jurídicas que manejan estos autores, los cuales son: lagunas de conocimiento, lagunas de reconocimiento, lagunas normativas y las

---

<sup>200</sup> Ibídem, 106.

<sup>201</sup> Ibídem.

<sup>202</sup> Ibídem, 109.

<sup>203</sup> Eugenio Bulygin, “Los Jueces ¿crean derecho?”, (en [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529789055928540035/isonomia18/isonomia18\\_01.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529789055928540035/isonomia18/isonomia18_01.pdf)), 10. Consultado: 19 de enero del año 2015.

<sup>204</sup> Juan Ruiz Manero, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, 117.

lagunas axiológicas. Para el caso en concreto de este estudio sólo se retoman los conceptos de las lagunas normativas y axiológicas, las cuales las definen:

Una Laguna Normativa surge cuando, en cierto sistema jurídico, no hay alguna norma que correlacione una solución – una calificación o una consecuencia – con un cierto caso, perteneciente al universo de casos relevantes para este sistema jurídico. Finalmente, una Laguna Axiológica surge cuando hay un cierto caso regulado por una norma jurídica, que le adjudica una cierta calificación normativa, pero el intérprete considera que el legislador – por descuido, manifestación errónea de su voluntad, etc... no ha atribuido relevancia a una propiedad del caso que debería de haber tenido en cuenta (en vista, por ejemplo, de un cierto fin, u objetivo, que puede serle razonablemente atribuido en sede interpretativa), o que debería haber tenido en cuenta conforme a ciertas exigencias de justicia.<sup>205</sup>

En esta perspectiva se puede apreciar que para estos tipos de lagunas jurídicas, se concretiza la figura jurídica en una forma más específica, es decir: en el caso de las lagunas normativas, no existe una norma que regula el caso en concreto, lo cual abre un vacío jurídico en el ordenamiento que no permite que el juzgador tenga una respuesta en la norma. Mientras que las lagunas axiológicas, se dan cuando existiendo la norma o normas aplicables al caso, pero la solución prevista en la norma no es compatible con los valores del ordenamiento jurídico, haciendo dudar la decisión del juzgador, lo que conlleva a que la solución pueda ser considerada como injusta para con las partes, por lo cual habría que interpretar, integrar las normas o ponderar los principios, teniendo en cuenta el caso en concreto, para así poder dar una solución en pleno derecho.

Así las cosas se puede determinar que las lagunas jurídicas se resuelven bajo normas existentes, o reglas generales que se encuentren dentro del ordenamiento jurídico, otorgando cierta potestad a los jueces para que ellos resuelvan los casos en concreto, por intermedio de una sentencia que busque un mayor grado de satisfacción entre las partes.

### **2.1.2. Comparación entre las lagunas jurídicas y las omisiones legislativas.**

Sobre este aspecto, resulta evidente que son muy pocos los autores que se han preocupado en realizar dicha tarea, por lo cual se retoman los planteamientos que permiten realizar un análisis comparativo donde se muestren las diferencias entre las lagunas jurídicas y las omisiones legislativas. El más importante autor de los clásicos representantes de la omisión legislativa que se preocupó por hacer un estudio

---

<sup>205</sup> Pierluigi Chiassoni, “Lagunas en el derecho, proyecto de voz para un vademécum jurídico...”, 184-186.

comparado de estos dos problemas, es el italiano Mortati, identificando tres puntos claves: las omisiones legislativas son ante todo el incumplimiento de una obligación de hacer, mientras que por otro lado es claro que el legislador no está obligado a regular todos los supuestos que pueden ser objeto de una normativa, lo que da como resultado una laguna jurídica. Como segundo punto, este autor sostiene que las omisiones legislativas son siempre el resultado de un acto voluntario del legislador, ya que la culpa le es atribuible a éste en cuanto está incumpliendo un mandato constitucional; por el contrario las lagunas jurídicas se pueden producir por un acto involuntario, ya que es el pequeño vacío de la regulación el que permite que exista un conflicto del derecho y así el juzgador ingresa en el conflicto y titubea sobre la norma que está a punto de aplicar. Como tercer punto aborda la sentencia que resuelve una laguna jurídica, a saber: sentencias de integración, interpretación de las normas y ponderación de los principios, que en sí buscan completar el ordenamiento jurídico; por otro lado las sentencias que resuelven las omisiones legislativas buscan la inconstitucionalidad de las normas y por consiguiente su resultado es sustraer la norma demandada del ordenamiento, lo cual incluso podría resultar en la existencia de una laguna jurídica<sup>206</sup>.

Ahumada, considera que se pueden diferenciar estos dos problemas jurídicos, tomando en cuenta el siguiente criterio: la omisión legislativa, es el incumplimiento de disponer una norma frente a lo prescrito por la Constitución, al contrario en las lagunas jurídicas las normas existen; pero mientras que en las primeras el resultado es desde un acto de voluntad del legislador, en las segundas sería un resultado que se da de manera involuntaria<sup>207</sup>.

Para Casal, la diferencia fundamental que existe entre las lagunas jurídicas y las omisiones legislativas es: que las primeras en principio presuponen la necesidad y la posibilidad de ser resuelta mediante métodos jurídicos de integración, mientras que las segundas no se pueden resolver mediante dichos métodos<sup>208</sup>.

Por último Hernández considera que se pueden observar estos dos problemas como causa y efecto, es decir la una como resultado de la otra, y en este sentido dar una solución a las dos, ya que para este autor, al momento de configurarse una omisión legislativa se está dando un incumplimiento al mandato constitucional, que

---

<sup>206</sup> Francisco Fernández Segado, "El control de Constitucionalidad de las omisiones...", 365.

<sup>207</sup> Juan Carlos Morón Urbina, "La omisión legislativa inconstitucional...", 459.

<sup>208</sup> Jesús Casal, "La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas...", 60.

no resuelve las necesidades legislativas de una manera plena, ya sea desde un factor relativo o absoluto; y por consiguiente se está dejando vacíos en el ordenamiento jurídico, lo cual sería el factor que daría como resultado una laguna jurídica, y así la resolución a los dos problemas sería el integrar o interpretar las normas ya existentes<sup>209</sup>. Este último criterio es compartido por el autor del presente texto de forma parcial: si bien es cierto la solución a las lagunas jurídicas se encuentra en la integración o interpretación de las normas, a diferencia de la omisión legislativa la cual busca la declaración de una inconstitucionalidad con el fin de evitar la vulneración de ciertos derechos, ésta declaración de inconstitucionalidad puede conllevar a que se mire afectada la seguridad jurídica del ordenamiento; es en este punto donde se debería de analizar la posibilidad de resolver las omisiones legislativas mediante la interpretación e integración de las normas, evitando así que se afecte el sistema jurídico.

De esta manera es claro que el planteamiento más completo sobre la diferencia entre lagunas jurídicas y omisiones legislativas es el construido por Mortati, ya que este teórico ha estudiado con profundidad el tema de las omisiones legislativas, y así demostró que entre estas radican tres diferencias, tal como se observó previamente. Además su desarrollo teórico pareciera haber influenciado a autores posteriores como Ahumada y Casal en tanto, la primera autora considera que las lagunas jurídicas pueden ser involuntarias, mientras que por el contrario las omisiones legislativas se dan mediante actos voluntarios del legislador; en el segundo autor se puede observar la influencia del italiano en cuanto éste considera que la forma de resolución de cada una de estas es diferente, y así las lagunas jurídicas se pueden resolver desde la integración de la norma, a diferencia de las omisiones legislativas que no pueden ser resueltas por este método.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto previamente, y desde los conceptos que se han construido por parte de los autores citados sobre cada una de estos problemas, se realiza a continuación un análisis de las diferencias existentes entre lagunas jurídicas y omisiones legislativas:

1. La omisión legislativa se encuentra positivizada en algunas constituciones, mientras que las lagunas jurídicas no; esto conlleva a que en los países donde la figura de la omisión legislativa este normativizada,

---

<sup>209</sup> Juan Carlos Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional...”, 458.

dicho problema se debe de resolver conforme al mandato constitucional<sup>210</sup>.

2. La omisión legislativa se configura bajo el precepto de la existencia de un mandato constitucional, el cual es incumplido en un tiempo determinado; la laguna jurídica por su parte se configura bajo la existencia de un caso en concreto, al cual no se le puede dar solución coherente con las normas vigentes.

3. La omisión legislativa busca declarar la inconstitucionalidad de la norma, a diferencia de las lagunas jurídicas que buscan la integración de las normas, por lo cual se podría afirmar que estas últimas no requieren de censura alguna como las primeras.

4. Al hablar de omisión legislativa relativa, se hace alusión a una vulneración en abstracto (el derecho a la igualdad), por el contrario en el caso de las lagunas jurídicas la vulneración es en concreto.

5. En las lagunas jurídicas axiológicas, el problema se encuentra en la forma adecuada de aplicar la norma existente, de forma contraria en las omisiones legislativas el problema es a nivel del legislador ya que la norma no existe.

6. Las lagunas jurídicas son problemas netamente jurídicos, mientras que las omisiones legislativas son problemas que pueden ser atribuibles tanto al ámbito jurídico como al político.

Por lo anteriormente expuesto, es evidente que lagunas jurídicas y omisiones legislativas son problemas totalmente diferentes, que como puede observarse se orientan a fines distintos.

## **2.2. Tipos de sentencias constitucionales, y otras posibles formas de resolver las omisiones legislativas.**

En este punto se analiza las sentencias que pueden dictar las Cortes o Tribunales Constitucionales de los países donde no se tiene regulado de una manera positiva la figura de la omisión legislativa, ya que como miramos con anterioridad, en los países donde esta figura se encuentra regulada, la solución debe ser conforme a lo especificado en la norma constitucional.

---

<sup>210</sup> Observar Anexo1.



### 2.2.1. Sentencias constitucionales.

Aunque la figura de la omisión legislativa se ha determinado como una inconstitucionalidad por cuanto se incumple con el mandato constitucional de legislar, esta no es la única forma de resolver las omisiones legislativas.

Antes de pasar a estudiar los tipos de sentencias de una manera más específica es notable que el estudio de la inconstitucionalidad permite observar que en esta figura se pueden presentar los siguientes inconvenientes: el primero es el simple hecho de tener que declarar la inconstitucionalidad de la norma, lo cual conllevaría a una posible inestabilidad del ordenamiento jurídico, por cuanto el legislador no tiene la suficiente agilidad para cubrir inmediatamente el vacío que deja la norma anulada, generando una confusión jurídica<sup>211</sup>; y así al momento que se declare la inconstitucionalidad de la norma, como resultante de esta se pueden observar dos inconveniente más; el primero, plantea que el Poder Judicial pasa a ser un legislador negativo, lo que para muchos puede convertir el Poder Judicial en un Poder Político; y un segundo inconveniente en el cual, el Poder Judicial puede pasar a ser un legislador precario, con el fin de llenar el vacío dejado por la norma declarada inconstitucional; sin embargo el problema más ligado a la inconstitucionalidad es el que se configura cuando los tribunales o cortes constitucionales actúan como legislador negativo, retomando a Kelsen, los Tribunales o Cortes Constitucionales son por naturaleza legisladores negativos, lo cual se puede observar de una manera más clara al momento que éstos anulan leyes<sup>212</sup>.

Junto a la declaración de la inconstitucionalidad de la norma surge un nuevo problema, el cual gira alrededor del resultado, ya que para muchos autores se puede asumir como sinónimo la inconstitucionalidad y la nulidad. Autores como Zúñiga, consideran que la inconstitucionalidad conlleva un efecto anulatorio y no derogatorio, por lo cual al momento de demandar una norma por intermedio de esta figura se mira un resultado de anulación que sería una sanción máxima; mientras que la derogación, sería un acto de un órgano del poder estatal, el cual busca privar de validez y vigencia a una norma, pero excepcionalmente se le puede dar la posibilidad a la misma, que esta actúe de forma expresa o tácitamente de manera singular u orgánica<sup>213</sup>. Este autor trabaja el concepto biunívoco de inconstitucionalidad/nulidad,

---

<sup>211</sup> Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, 96.

<sup>212</sup> Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, (Madrid: Tecnos, 1995), 38.

<sup>213</sup> Francisco Zúñiga, "La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en Chile...", 1073.

anudando así la primera con la segunda<sup>214</sup>, concepto que se manejó muy a menudo, incluso por el Tribunal Constitucional de Alemania; sin embargo es menester aquí recordar que la Nación alemana en el año de 1958 fue la primera en declarar la inconstitucionalidad de una norma, separándola de la nulidad<sup>215</sup>.

También se puede encontrar un concepto de diferenciación de la inconstitucionalidad y la inconstitucionalidad por omisión legislativa en Bulnes, quien considera que la inconstitucionalidad solicita la nulidad de un precepto legal que es contrario a la Constitución, y así al momento que el Tribunal o Corte accede a dicha petición, actúa como legislador negativo; pero al tratarse de una inconstitucionalidad por omisión, se requiere del tribunal o corte, para que ellos antes de declarar la inconstitucionalidad recomiende u ordene al órgano legislativo el cumplimiento del desarrollo legal requerido<sup>216</sup>.

Se observa que dentro del criterio de esta autora, también se trabaja con la dualidad de inconstitucionalidad/nulidad, aunque para ella sólo en los casos de inconstitucionalidad el órgano judicial se convierte en un legislador negativo; ya que en los casos de inconstitucionalidad por omisión legislativa, el órgano judicial no debe ser directamente un legislador negativo, pero tampoco un legislador precario, y simplemente debe de informar al órgano legislador sobre dicha falta.

Para poder diferenciar con mayor claridad, es necesario conceptualizar qué es la inconstitucionalidad y la nulidad.

La inconstitucionalidad determina una violación o una disposición no acorde a la Constitución<sup>217</sup>, o también como una contradicción de una Ley, decreto, o cualquier otro acto jurídico y la Constitución<sup>218</sup>.

Por otro lado la nulidad se define como, la ineficacia de un acto jurídico, el cual carece de las condiciones necesarias para su validez, ya sean estas de fondo o de forma<sup>219</sup>; o también como la ineficacia o falta de valor legal de un acto jurídico derivado de la exigencia de los requisitos mínimos exigidos por la Ley<sup>220</sup>.

---

<sup>214</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de las omisiones legislativas...”, 1010

<sup>215</sup> *Ibidem*, 1022

<sup>216</sup> Luz Bulnes, “La inconstitucionalidad por omisión...”, 254.

<sup>217</sup> Anderson Arboleda Echeverry, *Diccionario Jurídico Colombiano*, (en <http://www.monografias.com/trabajos82/diccionario-juridico-colombiano/diccionario-juridico-colombiano2.shtml>), 1. Consultado: 7 de abril del 2015.

<sup>218</sup> Juan Ramírez Gronda, *Diccionario Jurídico*, (Buenos Aires: Claridad, 1965), 169.

<sup>219</sup> Anderson Arboleda Echeverry, *Diccionario Jurídico Colombiano...*, 2.

<sup>220</sup> Juan Ramírez Gronda, *Diccionario Jurídico...*, 204.

Aquí se advierte una clara diferencia entre estos dos conceptos, ya que al momento de hablar de inconstitucionalidad, se hace referencia a cualquier acto jurídico contradictorio a la Constitución, por el contrario, al momento de hablar de nulidad, se refiere a la falta de requisitos mínimos legales para que un acto jurídico sea parte del ordenamiento. Es necesario acotar en esta lógica que desde la perspectiva de Kelsen, la inconstitucionalidad se ha abordado como el estudio de la incursión de los vicios incurridos por los actos legislativos concretos a través del estudio de la inconstitucionalidad de forma y de fondo<sup>221</sup>, por lo cual y como se ha dicho con anterioridad, para algunos autores incluido él mismo, es incomprensible el atribuirle consecuencias jurídicas a una omisión legislativa.

Uno de los elementos más importantes al momento de intentar declarar la inconstitucionalidad de una norma es la mayor carga argumentativa, facilitando así demostrar la incompatibilidad de la norma demandada y del texto constitucional<sup>222</sup>; esto por cuanto de no existir dicha claridad con las contradicciones, se presumirá la constitucionalidad de la norma, lo cual conlleva a la aplicación de la máxima esencia de la Jurisdicción Constitucional: el “In dubio pro legislatore”<sup>223</sup>.

En este mismo sentido, y en forma más clara, el autor De Otto considera que la Ley es la máxima expresión de la voluntad popular, por lo cual deriva a su favor una presunción de legitimidad constitucional, en virtud de la cual sólo procederá declarar su inconstitucionalidad siempre y cuando se haya producido una clara e inequívoca colisión de la Ley y la Constitución<sup>224</sup>.

Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, resulta válido aclarar aquí, que la inconstitucionalidad de una norma no es una tarea fácil, y por consiguiente es una responsabilidad que se otorga a los Tribunales o Cortes Constitucionales como legisladores negativos, en cumplimiento de su importante función de depurar el sistema legal<sup>225</sup>.

El considerar a las Cortes o Tribunales Constitucionales como legisladores negativos, es un tema de arduo debate, ya que para autores como el constitucionalista peruano Quispe, consideran que el atribuirle el control constitucional a uno de estos órganos, bajo la potestad de poder declarar una norma como inconstitucional, es

---

<sup>221</sup> Juan Carlos Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional...”, 448.

<sup>222</sup> Víctor Ferreres, *Justicia Constitucional y democracia*, (Madrid: Tarabilla, 1997), 141.

<sup>223</sup> Manuel Aragón, *Constitución y democracia*, (Madrid: Tecnos, 1989), 124.

<sup>224</sup> Ignacio de Otto Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, (Barcelona: Ariel, 1998), 142.

<sup>225</sup> Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, 60.

atentar contra el principio fundamental de la separación de poderes, ya que en este caso se estarían concentrando en el órgano de control<sup>226</sup>.

En un sentido aproximado, el criterio de Valcarce plantea que el control constitucional, sobretodo, el realizado en las omisiones legislativas produce una vulneración de la Carta Magna, que contraría el principio de división de poderes, por cuanto atenta contra la libertad de configuración normativa o discrecionalidad del legislador, conservando la facultad de determinar el momento en que éste debe de desarrollar una norma. También considera que se debería de dar la posibilidad al legislador de dejar en suspenso provisiones constitucionales poco realistas, las cuales pueden ser un poco utópicas, esto tomando en cuenta que muchas de las constituciones se han dado bajo una fuerte lucha revolucionaria, y así han llegado a plasmarse en las ideas de la Asamblea Constituyente<sup>227</sup>.

Contrario a estos autores, García considera que una Constitución sin un Tribunal o Corte Constitucional que realice un control de las normas, sería una Constitución herida de muerte y deja todo en manos del Poder Político de turno, quienes impondrán el control más conveniente<sup>228</sup>. Aunque él también considera cierto que los Tribunales o Cortes Constitucionales deban considerarse como un cuarto Poder<sup>229</sup>, no necesariamente éstos quieren eliminar la Política y ponerse en su lugar<sup>230</sup>.

En igual sentido el alemán Birke, al hablar sobre el control de las omisión legislativa y la separación de poderes, considera que en esta figura jurídica no es aplicable la separación de Poderes, por cuanto el legislador no está ejerciendo su Poder; a su vez Scholz razona que los límites del control constitucional y la función Política no siempre son unívocos y que también el Poder Legislativo, de manera ocasional, le asignan al Tribunal o Corte Constitucional, al menos fácticamente, como un legislador sustituto, por obra de la falencia del legislador<sup>231</sup>.

En palabras de Fernández Segado lo grave de la vulneración en la omisión legislativa y su control, no es tan sólo que un poder asuma las funciones exclusivas del otro, sino que las asuma sin quedar sujeto a responsabilidad alguna, por cuanto

---

<sup>226</sup> Luz Bulnes, “La inconstitucionalidad por omisión...”, 261-262.

<sup>227</sup> María Valcarce, “Control de constitucionalidad de omisiones legislativas...”, 6.

<sup>228</sup> Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, 186.

<sup>229</sup> *Ibidem*, 199.

<sup>230</sup> *Ibidem*, 188.

<sup>231</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 395.

los Tribunales o Cortes asumirían el poder de legislar, así fuese de manera temporal, sin que se les pueda imponer responsabilidad alguna<sup>232</sup>.

La discusión sobre el tema es amplia, y muchos son los autores que plantean distintos puntos de vista: por el momento no es interés del presente estudio profundizar más sobre el tema, sin embargo es importante señalar que es de fundamental importancia conceptuar sobre la separación de poderes, esto siempre y cuando los órganos cumplan con sus funciones a cabalidad, en tanto den prioridad a la protección de los derechos. Igualmente es innegable que si en un momento determinado el juez debe de resolver un caso, y para esto es necesario que por intermedio de una sentencia se permita crear derecho<sup>233</sup>, es menester recordar que aún existen jueces no burócratas que conservan un gran carácter ético que fortalece la validez e importancia de sus decisiones así argumentadas.

Dejando de lado la anterior discusión y retomando la historia de las sentencias que resuelven la omisión legislativa, se puede decir que fue el Tribunal alemán el primero en trabajar dicha figura, aun sin tenerla regulada dentro de su norma constitucional (Ley Fundamental de Bonn), sin embargo por analogía adoptan su acción de inconstitucionalidad, la cual se encuentra regulada en su Constitución con el Artículo 100 #1<sup>234</sup>, y así empezaron a desarrollar sentencias que permitieron solucionar el problema de las omisiones legislativas.

Los alemanes consideran que se pueden identificar dos tipos de sentencias de índole constitucional que pueden dar solución a la omisión legislativa, a saber: las sentencias desestimatorias y las sentencias manipulativas.

Así en Alemania los primeros laudos judiciales que resolvieron los casos de omisión legislativa fueron sentencias *apellentscheindugen*, las cuales se pueden considerar como desestimatorias, y son las que declaraban la inconstitucionalidad y

---

<sup>232</sup> *Ibíd*em, 397.

<sup>233</sup> Es el autor Genaro Carrió, en el texto *Notas sobre derecho y lenguaje*, quien considera que el simple hecho de que el juez dicte una sentencia es un acto de creación de derecho, ya sea que la misma se haya basado en una norma existente, o el juez haya tenido que basarse en una norma general y así sustentar su sentencia.

<sup>234</sup> Ley fundamental de la República Federal de Alemania, Artículo 100 #1, En caso de que un tribunal considere anticonstitucional una Ley de cuya validez dependa el fallo, deberá suspenderse el proceso y si se tratase de una violación de la Constitución de un Estado se recabará el pronunciamiento del Tribunal regional competente en litigios constitucionales, o la del Tribunal Constitucional Federal si se trata de una infracción de la presente Ley Federal. También regirá esta norma cuando se trate de la infracción de la presente Ley Fundamental por el derecho regional o de la incompatibilidad de una Ley regional con una Ley federal.

nulidad de la norma; a diferencia de las *unverinbarkeitserklárugén*, las cuales son sentencias estimatorias que simplemente declaraban la Inconstitucionalidad<sup>235</sup>.

Con respecto a las *appellentscheindugen*; estas sentencias son de carácter desestimatorio y sólo proceden bajo tres pautas: la primera en motivo de cambio de la realidad o en la Interpretación Constitucional; la segunda con motivo de un mandato al legislador, un encargo al legislador; y la tercera con motivo de la falta de evidencia de una vulneración Constitucional<sup>236</sup>.

Se puede determinar que en este tipo de sentencia, bajo las pautas que se han determinado para la configuración de la misma, es válido observar que fácilmente estas son sentencias que permiten la cabida de las omisiones legislativas; bajo lo consagrado en la primera y tercera pauta, se refiere a un cambio de la realidad y vulneración de la misma; con respecto a la segunda pauta se observa que ésta es una clara exhortación al legislador para que él cumpla con sus funciones.

Un segundo tipo de sentencias son las manipulativas, las cuales no buscan declarar la inconstitucionalidad de la norma, si no por el contrario buscan que el legislador cumpla con sus funciones, así fue la jueza Wiltraut Rupe-v Brunneck, quien para el año de 1970, acuñara el término de apelación al legislador, y solicitaría al mismo que cumpla con su trabajo, ya que ella había realizado un estudio previo de normas que se podían declarar nulas o inconstitucionales, aun pasando por un previo control constitucional, las cuales en efecto resultaron en una nulidad o inconstitucionalidad<sup>237</sup>.

En Italia, la Corte Costituzionale, en el año de 1961, especulaba como impensable considerar que la omisión del legislador podía llegar a constituirse en parte de un procedimiento judicial. Pero posteriormente, dicho criterio empezó a cambiar sobre todo entre los años de 1970 y 1971, cuando las técnicas de esta Corte empezaron a enfrentarse a las omisiones legislativas, lo que los llevó a expedir las denominadas sentencias manipulativas, dentro de las cuales se caracteriza que el segmento de la Ley objeto de manipulación por la Corte, no se distingue de la totalidad del texto<sup>238</sup>.

En Italia se trabaja la solución de la omisión legislativa con dos subtipos de sentencias manipulativas, las cuales son: *sentenze additive* y *sentenze sostitutive*;

---

<sup>235</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 374.

<sup>236</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de las omisiones legislativas...”, 1016

<sup>237</sup> *Ibidem*, 1013.

<sup>238</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de Constitucionalidad de las omisiones...”, 374- 376.

respecto a la primera, es aquella que buscan la protección del derecho a la Igualdad, por lo cual se habla de la adición de un grupo olvidado en la norma; el segundo subtipo de sentencia es en la que la Corte Costituzionale complementa aquello que la Ley no prevé y debía de prever<sup>239</sup>.

Posterior a estas sentencias, en la década de los ochenta nuevamente en Alemania, se dio origen a un nuevo tipo de sentencias que resolvía la omisión legislativa, las cuales constituían un subgénero de las sentencias aditivas, que se denominaron como aditivas de principio; estas sentencias de entrada buscan que el juez no se convierta en un legislador precario, y así viabiliza de manera directa el principio proclamado por la Corte a través de la intervención de los jueces ordinarios, y evita la parálisis que se puede dar por otros tipos de sentencias<sup>240</sup>. También en esta misma década en Italia se desarrolló la *sentenza monito*, la cual buscaba dar aviso al legislador sobre la falencia del desarrollo legal que se le había encargado<sup>241</sup>.

En este sentido es claro que los alemanes, y los italianos han sido los pioneros en utilizar las técnicas pretorianas, con la creación de sentencias que permiten controlar la omisión legislativa<sup>242</sup>, y así fueron estas Naciones quienes plantearon las bases de los tipos de sentencias que se pueden utilizar para resolver una omisión legislativa.

Tomando en cuenta este recuento histórico, se puede determinar que la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas se empezó a resolver bajo tres modalidades de sentencias: desestimatorias, manipulativas y aditivas; sentencias que se perfeccionaron en el sistema jurídico Europeo, y que se han ido adaptando por el sistema jurídico Latinoamericano, motivo este por el cual es válido señalar que existe una gran semejanza entre las sentencias de dichos sistemas. Por tal razón, para Rangel, las sentencias Latinoamericanas aunque tengan nombres distintos, conllevan los mismos fines de las sentencias Europeas, en este sentido presenta su clasificación de sentencias atípicas<sup>243</sup> que suelen emerger frente a una omisión legislativa en Latinoamérica.

---

<sup>239</sup> *Ibidem*, 376-377.

<sup>240</sup> *Ibidem*, 378.

<sup>241</sup> *Ibidem*, 379.

<sup>242</sup> *Ibidem*, 369.

<sup>243</sup> Laura Rangel Hernández, “La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad...”, 195.

1. Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la norma sin decretar su nulidad: esta sentencia es de tipo estimatorio, la cual se sustenta en los mayores perjuicios que pueden traer la nulidad de la norma, y por ende se decreta solo la inconstitucionalidad; así a pesar de esta declaratoria de inconstitucionalidad, la norma conserva su validez y así se estipula la obligación para que el legislador corrija la inconstitucionalidad.

2. Las sentencias apelativas: son aquellas de carácter desestimatorio y no declaran automáticamente la inconstitucionalidad de la norma, conservando la posibilidad de que se declare la misma, en caso que el legislador oblitere la apelación que el tribunal o corte constitucional realice.

3. Las sentencias aditivas: son resoluciones que igualmente admiten algunas variantes, pero guardando un punto en común el cual radica en el énfasis que se adjudica a la omisión que vulnera la constitución, y así la inconstitucionalidad proviene precisamente de aquellas cuestiones que la Ley “no prevé o no contempla”<sup>244</sup>.

4. La cobertura del orden jurídico: la cual tiene lugar en dos casos, a saber: el cumplimiento de una disposición constitucional, y la ausencia de preceptos constitucionales. Aunque los dos buscan el mismo fin en relación a las omisiones legislativas, esto conlleva una variedad de sentencias constitucionales que desembocan en las sentencias interpretativas, las cuales a su vez conllevan un ejercicio de interpretación constitucional que es realizado por el juez constitucional, dicho ejercicio busca valorar la constitucionalidad de una norma; cuando la sentencia verse sobre un derecho fundamental a causa de una omisión, se podría dictar una sentencia que proteja directamente el derecho afectado, y su efecto podrá ser tanto inter partes como erga omnes<sup>245</sup>.

Bulnes, considera que también se pueden presentar sentencias en las que se indica al legislador cómo regular una materia determinada, las cuales son clasificadas en tres tipos: las primeras, que constatan la omisión del legislador; las segundas, que ordenan o recomiendan al legislador que legisle sobre una determinada materia en tanto así lo exige la Ley Fundamental, o se desprende de la naturaleza del precepto

---

<sup>244</sup> *Ibidem*, 196-197.

<sup>245</sup> *Ibidem*, 201.



para que sea eficaz según corresponda; y las terceras, que además de recomendar al legislador la creación de la norma, le indica cual debe ser el contenido de la Ley<sup>246</sup>.

Casal nombra cuatro tipos de sentencias para abordar las omisiones legislativas, según su criterio las sentencias interpretativas son las idóneas para resolver la omisión legislativa, esto en tanto son ellas las que buscan el sentido que se debe de atribuir a una norma con la finalidad de excluir la inconstitucionalidad; por otro lado las sentencias de nulidad parcial cualitativa sustraen del ámbito de aplicación un precepto sin alterar la totalidad del resto del texto; igualmente se pueden observar las sentencias anulatorias, las aditivas, que extienden el alcance de un precepto a supuestos no comprendidos en el enunciado legal; por último expone las sentencias de incompatibilidad con la Constitución, las cuales son desprovistas de efectos anulatorios a menudo con recomendaciones o exhortaciones al legislador<sup>247</sup>.

Por último, se retoma a Valcarce, para quien las sentencias más importantes para resolver la inconstitucionalidad por omisión legislativa son las interpretativas, en las cuales la parte dispositiva de la sentencia determina la forma de interpretación que se debe de entender como correcta de una Ley. Como segunda vía presenta la interpretación que se realiza en la fundamentación de todo tipo de sentencias, consideración que busca establecer cuál es la correcta hermenéutica de los distintos sentidos de interpretación de un mandato constitucional. Por ultimo expone las sentencias que recaen sobre la protección de derechos individuales, en cuanto a correctas interpretaciones de los demás poderes públicos<sup>248</sup>.

Continuando con esta autora, es importante resaltar las técnicas de solución de las omisiones legislativas que son por ella catalogadas de la siguiente forma:

1. Las recomendaciones al legislador: que puede o no estar seguidas de un concepto sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la omisión, concebidas como una especie de pronunciamiento previo a la siguiente categoría.
2. Las sentencias apelativas o exhortativas, que admiten tres variantes:
  - a) sentencias de delegación.

---

<sup>246</sup> Luz Bulnes, “La inconstitucionalidad por omisión...”, 254.

<sup>247</sup> Jesús Casal, “La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas...”, 47-48.

<sup>248</sup> María Valcarce, “Control de constitucionalidad de omisiones legislativas...”, 7-8.

- b) sentencias de inconstitucionalidad simple o de mera inconstitucionalidad, o declarativas de incompatibilidad sin nulidad.
- c) sentencias de inconstitucionalidad precaria que declaran que la norma todavía es constitucional, o sentencias con resolución de aviso.

3. La declaración de inconstitucionalidad parcial cualitativa en los casos de omisiones relativas relacionadas con la violación del principio de igualdad.

4. Las sentencias manipulativas en sus vertientes aditivas y sustitutivas<sup>249</sup>.

Como se pudo observar, existen distintos tipos de sentencias que a pesar de cambiar su denominación, en sí buscan una misma finalidad: es resolver las omisiones legislativas. Algunas de estas sentencias conllevan una solución más severa que otras, por lo cual habría que observar el caso en concreto en que se aplicará la resolución de la omisión legislativa, ya que por ejemplo en los casos que se compruebe la existencia de una omisión legislativa relativa, se podría sobrepasar el criterio de la decisión judicial al declarar la nulidad o la inconstitucionalidad<sup>250</sup>. Tomando en cuenta este argumento se determina la importancia que tiene el diferenciar los tipos de omisiones legislativas, en absolutas o relativas, y así ver cuál es la forma más prudente de solucionar dicho problema; claro está, en los países donde la omisión legislativa no se ha regulado, es la Corte o Tribunal Constitucional el que determina si tiene o no competencia para conocer el caso en concreto, y como se expone más adelante en el caso de Colombia, la Corte Constitucional sólo se atribuye potestades para conocer casos de omisión legislativa relativa, dejando de lado los casos de omisiones legislativas absolutas.

### **2.2.2. Otras posibles formas de resolver las omisiones legislativas.**

Entre las otras formas de resolver las omisiones legislativas, se pueden encontrar las que algunos autores consideran como métodos que confrontan dicho problema por ejemplo: la analogía, la interpretación, el juez como legislador precario y el trasladar competencias no ejercidas a otro órgano.

---

<sup>249</sup> *Ibíd*em, 10.

<sup>250</sup> Jesús Casal, “La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas...”, 72-73.

**A). La analogía:** Casal considera que esperar a que el legislador intervenga podría demorar más de lo esperado, lo cual posiblemente resultaría en la vulneración de los derechos que están en juego; por lo tanto una forma de solucionar la omisión del legislador será que el juez acuda a esta figura y tomando los preceptos constitucionales, pueda aplicarlos al caso en concreto que aún no se ha legislado o se ha legislado de una forma parcial<sup>251</sup>; por consiguiente el juez podría tomar una figura jurídica o un derecho semejante al vulnerado y así realizar un ejercicio mediante el cual podrá encontrar las similitudes y aplicar la norma existente.

Teniendo en cuenta los anteriores planteamientos, en este punto toma gran relevancia lo planteado por el italiano Trocker, quien considera que las omisiones legislativas absolutas se pueden sub clasificar en puras e impuras, las puras presentan cuando nunca se ha regulado dicho tema, y así el ejercicio de analogía sería un ejercicio puro de interpretación de las normas al caso en concreto, para que el juez que valora el caso pueda evitar un daño jurídico irremediable con la normatividad existente; pero en el caso de las omisiones legislativas absolutas impuras, el juez podría basarse en los antecedentes normativos y los jurídicos, como un ejemplo en la toma de decisiones y mirar que el ejercicio de analogía evite la vulneración de los derechos.

**B). La interpretación:** la segunda de las formas propuestas para solucionar las omisiones legislativas según Casal, es la interpretación, figura que se entiende como el recurso que sirve para determinar el alcance de los preceptos constitucionales que reclaman desarrollo legislativo, lo cual asegura su aplicabilidad hasta que el legislador cumpla con su deber<sup>252</sup>.

Se puede observar que en estas dos formas de solución de la omisión legislativa, se está buscando una aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces, y así evitar que materias que no han sido reguladas o han sido reguladas de manera incompleta, no vulneren derechos de los ciudadanos, por lo cual el juez tiene la potestad de interpretar la norma suprema y así poder emitir su concepto con la finalidad de dotar de eficacia el precepto constitucional<sup>253</sup>; sin embargo surge aquí un nuevo problema, ya que para algunos autores la interpretación podría ser muy subjetiva, por lo cual se deberá de observar la idoneidad de la interpretación, por

---

<sup>251</sup> *Ibidem*, 63-66.

<sup>252</sup> *Ibidem*, 75.

<sup>253</sup> *Ibidem*, 44.

cuanto pueden existir interpretaciones que se pueden declarar inconstitucionales, en este sentido, el límite de ésta se entenderá en función de la interpretación del Tribunal o Corte Constitucional que se asume como resultado “inequívoco”<sup>254</sup>.

Otro de los problemas de la interpretación es el propuesto por Villaverde, quien considera que el ejercicio de interpretación debe de hacerse tanto de la omisión legislativa, como del mandato constitucional que emite dicha obligación, por cuanto en algunas ocasiones el mandato no es explícito frente al tema, como al tiempo a legislar<sup>255</sup>, elementos que pueden ser interpretados por el Tribunal o Corte Constitucional como guardián de la Constitución; postura que se desmiente por Navas y Barahona, quienes consideran que aun cuando el tiempo otorgado por la Constitución para legislar se haya caducado, la obligación de legislar aún persiste por cuanto su facultad como legislador no caduca<sup>256</sup>.

Así se puede determinar que la interpretación como solución al problema de la omisión legislativa, conlleva tanto el estudio de las normas existentes que pueden ser aplicadas al caso en concreto, cuando se demuestra la omisión legislativa como tal, método que también se puede aplicar al estudio del mandato constitucional, que exige la creación de la norma

**C). El juez como legislador precario:** revisando la postura de Chiassoni, quien plantea que si el derecho es incompleto, y es el juez quien debe de decidir el caso en concreto, entonces deberá de resolver el caso sin tener una norma o una norma defectuosa que aplicar, motivo este por el cual el juez deberá de ejecutar la difícil tarea de un legislador y deberá crear una norma aplicable al caso. Este autor considera que hoy en día los jueces son jueces burócratas, los cuales gozan efectivamente del poder de crear derecho, al igual que el Poder Legislativo<sup>257</sup>, sin

---

<sup>254</sup> Francisco Fernández Segado, “El control de las omisiones legislativas...”, 1031-1033

<sup>255</sup> Ignacio Villaverde Méndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, (en [http://www.academia.edu/11039945/LA\\_INCONSTITUCIONALIDAD\\_POR\\_OMISION](http://www.academia.edu/11039945/LA_INCONSTITUCIONALIDAD_POR_OMISION)), 37. Consultado: 13 de septiembre del 2015.

<sup>256</sup> Marco Navas y Alexander Barahona, “El control Constitucional de la omisión normativa en el Ecuador”, (en <http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=32989&dpath=document&dfile=15122016152801.pdf&content=El+control+constitucional+de+la+omisi%C3%B3n+normativa+en+Ecuador+-+stato+-+dottrina+-+>), 24. Consultado: 25 de abril del 2017.

<sup>257</sup> Se puede observar los planteamientos de Eugenio Bulygin, quien en su texto “Los jueces crean derecho”, al revisar la doctrina tradicional de Kelsen, considera que todos los actos jurídicos son de aplicación y creación de derecho, y por consiguiente la diferencia entre el legislador y el juez, es cuantitativa, por cuanto el juez para crear derecho se encuentra más limitado que el legislador, ya que el legislador regula en general, mientras que el juez solo regula de manera individual, pero estos dos actos son de creación de derecho.

haber sido estos elegidos por la voluntad popular, y sin ser políticamente responsables de dicha creación frente al electorado<sup>258</sup>.

Esta forma de solución de la omisión legislativa es la más criticada por cuanto se considera que el juez no está en la capacidad de cumplir con las funciones del legislador.

Por lo tanto Sagüés considera que la figura del juez como legislador precario, puede ser objeto de críticas por cuanto, el Tribunal o Corte Constitucional no tiene los elementos que serían necesarios para que este cumpla con las funciones de legislar. Así Sagüés presenta los siguientes argumentos críticos de esta posible solución:

- Argumento técnico: las Cortes o Tribunales Constitucionales tienen como objetivo primario dictar sentencias de ámbito constitucional, mientras que es el legislador el encargado de crear normas; por este motivo se podría hablar de una diferencia técnica de idoneidad de funciones.

La complejidad de dictar una norma, requiere que se dé un empalme de la nueva norma con las normas afines, lo que conlleva que se debe tener en cuenta normas preexistentes, o modificar estas; de no tenerse en cuenta el principio de derogación tácita puede provocarse abrogaciones con resultados no queridos o esperados, lo que acabaría desajustando la seguridad jurídica, por lo cual en caso de que la Corte o Tribunal asuma dicha función lo más conveniente sería que esta labor se diera por un cuerpo especializado que fuese parte de dicha entidad.

- Argumento político: en esta crítica se propone que el oficio del legislador es políticamente muy significativo. En un estado democrático, se requiere deliberación, confrontación, deposiciones a partir de las ideologías Políticas, adaptación de fórmulas contrapuestas cuando no se obtiene una concentración, todos estos elementos Políticos, son elementos dentro de los cuales un juez no puede sentirse comprometido con un partido o interés Político, dado que esto afectaría la división de Poderes.

- Argumento funcional: por lo general en el ámbito Latinoamericano los Tribunales y Cortes Constitucionales tienen una cantidad de trabajo, que muchas veces sobrepasa los recursos humanos y

---

<sup>258</sup> Pierluigi Chiassoni, “Lagunas en el derecho, proyecto de voz para un vademécum jurídico...”, 169-170.

técnicos para sobrecargarla con dicha función legislativa; en este sentido Sagüés propone que esto se debería de analizar desde una perspectiva cuantitativa y así poder observar los procesos de la Corte o Tribunal en los cuales tenga que actuar como legislador<sup>259</sup>.

Estas consideraciones permiten posiciones favorables y críticas desde el presente estudio: si bien es cierto que a los jueces les hace falta un argumento técnico, sin embargo es el propio Sagüés quien plantea que la misma Constitución programa a los jueces como legisladores precarios<sup>260</sup>, por lo cual se puede inferir que un juez está en la capacidad de dictar sentencias, y también como conocedor del caso en concreto, legislar para el mismo, intentando ser lo más neutral e imparcial posible.

García de Enterría considera que el juez constitucional es una verdadera Convención Constituyente<sup>261</sup>, lo cual se complementa con el pensamiento de Gargarella, quien considera que a los jueces se les debe dar la tarea de actualizar la Constitución bajo su criterio; el dilema que se presenta aquí es la subjetividad de los jueces<sup>262</sup>, problema que se puede solucionar con la decisión motivada y con una gran carga de argumento de los jueces, dejando de lado su respectiva subjetividad.

En el argumento Político, como ya se ha dicho, su práctica actual se ha transformado en un juego de poderes donde nadie quiere dar su mano a torcer; si es verdad que el juez no debe de comprometer su criterio con un partido o movimiento Político, también es cierto que los jueces no deberían de ser figuras burocráticas como lo son en muchos países hoy en día. Empero el compromiso del juez en ningún momento deberá verse relegado a compromisos Políticos, sino más bien a tomar la decisión más justa para el caso en concreto.

El argumento funcional, a la luz del presente estudio, se evidencia como una crítica válida al recaer tanto sobre el gobierno como sobre los empleados de éste: esto en tanto es recurrente que los gobiernos no prestan los recursos necesarios para el buen funcionamiento de sus órganos, así como también son sus funcionarios los que al asegurar un trabajo de por vida pierden el entusiasmo y compromiso con sus deberes<sup>263</sup>.

---

<sup>259</sup> Pedro Sagüés, “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión...”, 75-77

<sup>260</sup> *Ibidem*, 73

<sup>261</sup> Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, 173.

<sup>262</sup> Roberto Gargarella, “La dificultosa tarea de la Interpretación Constitucional”, (en Roberto Gargarella, *Coord., teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires: Perrot, 2008), 125-127.

<sup>263</sup> Como sustento de esto, se puede revisar el artículo de, María Camila Rincón Ortega, “Regaño por una tutela que duro cinco años sin fallarse”, en periódico el espectador del 31 de Agosto de 2014, (en

**D). El trasladar competencias no ejercidas a otros órganos:** Esta figura es muy semejante a la anterior ya que en caso de que exista una inercia, un vacío legislativo, que debía de ser cubierto por un órgano competente, y en caso que este no ejerza su función, dicha competencia debería de ser otorgada temporalmente o en una manera definitiva a otro órgano que si cumpla con dicha función<sup>264</sup>. Desde la perspectiva de Morón, esta solución lo que busca es trasladar las competencias del órgano legislador al órgano judicial<sup>265</sup>. Esta forma de resolver las omisiones legislativas es muy semejante al juez como legislador precario, por lo cual puede ser objeto de las mismas críticas.

Ávalos, critica estas formas de solución de la omisión legislativa, por cuanto, el juez no debe de invadir las competencias de los órganos encargados de legislar, tampoco es muy saludable que estas competencias que han sido encargadas a dicho órgano se le otorguen a otro; así para evitar el abuso del Poder Público se debe de hacer la división de Poderes, la cual permite continuar con la protección del Estado de Derecho<sup>266</sup>.

Igualmente es Morón, quien plantea que existen otras alternativas que sirven para el control de las omisiones legislativas:

- Cubrir la omisión con una resolución in casu: este tipo de alternativa, toma como criterio los principios generales del derecho, se da con carácter transitorio, y sólo será usado para el caso en concreto que se resuelve, esto mientras el legislador cumple con su función.

- Decisiones del órgano controlador: las cuales se pueden dar en forma de una decisión declarativa, dentro de la cual se realizará una recomendación a la autoridad competente, para la elaboración de la norma.

Sin embargo, en el primer caso de Morón y la transferencia de competencias se presenta una falencia, tomando en cuenta que el órgano competente de proteger la Constitución pasará a ser un órgano transitoriamente legislador, y por ende la legislación dictada por este no tendría órgano competente que ejerza las funciones de un órgano de control constitucional<sup>267</sup>.

---

[www.elespectador.com/noticias/judiciales/regano-una-tutela-duro-cinco-años-sin-fallarse-articulo-512694](http://www.elespectador.com/noticias/judiciales/regano-una-tutela-duro-cinco-años-sin-fallarse-articulo-512694)). Consultado: 10 de octubre del 2014.

<sup>264</sup> Luis Carlos SÁCHICA, *El control de constitucionalidad sus mecanismos...*, 152.

<sup>265</sup> Juan Carlos Morón Urbina, "La omisión legislativa inconstitucional...", 454.

<sup>266</sup> Sofía ÁVALOS, "La inconstitucionalidad por omisión legislativa...", 28.

<sup>267</sup> Juan Carlos Morón Urbina, "La omisión legislativa inconstitucional...", 453-454.

Por otro lado Rangel plantea que la forma de resolver definitivamente la omisión legislativa es la expedición de la norma omitida, bien sea por el órgano competente o por el juez como legislador precario<sup>268</sup>; el problema aquí se presenta en el momento que el juez no es elegido por voto popular para legislar y tampoco tiene la preparación para dicha tarea. Esta autora, al igual que Valcarce presenta el criterio de Sagüés, quien considera que existen siete posibles formas de solucionar la omisión legislativa:

- Denuncia ante un órgano superior: lo cual implica que vista la omisión legislativa, se haga del conocimiento de la autoridad jerárquicamente superior.
- La recomendación: esta se presenta cuando el órgano superior o de control, simplemente recomienda a la autoridad omisa que cumpla con su labor.
- El llamado de atención: esta solución se da cuando el órgano de control realiza el llamado de atención al órgano legislador por no cumplir a cabalidad con sus obligaciones.
- La intimación: esta figura implica el otorgamiento de un plazo para que se colme el vacío legal.
- La cobertura: la cual se presenta frente al incumplimiento de la autoridad, es aquí que el juzgador dictará las bases temporales mientras se expide la Ley en cuestión.
- La cobertura y el resarcimiento: esta figura busca que ante el incumplimiento del legislador, se integrará el orden jurídico y si esto no fuera posible se estipulará un resarcimiento en favor del afectado promotor de la acción.
- La compulsión constitucional: se presenta en los casos en que las propias Constituciones determinan que no pueden ser incumplidas por falta de Ley Reglamentaria, de modo que el juez debe ingeniárselas para resolver la situación de mérito<sup>269</sup>.

En resumen la omisión legislativa se puede resolver, mediante las sentencias de: inconstitucionalidad de una norma, exhortativas, aditivas, manipulativas e interpretativas. Y mediante conceptos como lo son: el juez como legislador precario,

---

<sup>268</sup> Laura Rangel Hernández, “La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad...”, 203.

<sup>269</sup> Laura Rangel Hernández, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...”, 6.



la interpretación constitucional, los cuales a su vez suelen finalizar en una sentencia judicial.

Cabe concluir que son muchas las formas de resolver las omisiones legislativas, las cuales han sido tanto elogiadas como criticadas, pero que, dicho sea de paso han sido de gran utilidad para dar solución efectivas a dicho problema.

Una vez revisadas a fondo las lagunas jurídicas en algunas de sus clasificaciones más importantes, se continuo realizando un breve análisis mediante el cual se observa como estos dos problemas, laguna jurídica y omisión legislativa, pueden diferenciarse de manera clara, a partir de tres criterios: la existencia de un mandato constitucional, el dolo del legislador, y por último las formas de solución más comunes de cada uno de estos problemas; lo cual permite adentrarse a fondo en el estudio de las distintas sentencias y métodos que se han creado a nivel mundial con el fin de poder resolver el problema de las omisiones legislativas, y aunque los nombres de las sentencias cambien entre países o continentes, los fines por intermedio de los cuales se resuelve dicho problema continúan siendo los mismos.

## CAPITULO III

### **3. Las omisiones legislativas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, una revisión jurisprudencial.**

Por último y para ir finalizando el presente trabajo, en este capítulo final se centra el estudio de la omisión legislativa enfocado en el caso colombiano, y así se inicia un análisis de este caso en concreto y la omisión legislativa; para tal fin se inicia revisando como surge el control de constitucionalidad en Colombia, y posteriormente teniendo en claro esto, se observa la construcción del problema jurídico de las omisiones legislativas, todo esto con el fin de poder ver que instituciones y mecanismos se utilizan a nivel colombiano para solucionar dicho problema, y así analizar que entre dichas soluciones exista una compatibilidad para que estas puedan ser utilizadas de manera simultánea sin que se cree un conflicto de competencias entre las instituciones y los mecanismos de solución.

#### **3.1. La supremacía constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia.**

Colombia fue uno de los pioneros en guiar los procesos constituyentes en Latinoamérica, iniciando con el cambio de su Constitución en el año de 1991<sup>270</sup>, el cual fue un texto novedoso. Aunque frente a la legitimidad del origen existen varias discusiones, se puede afirmar que ésta correspondió a una propuesta social<sup>271</sup>, motivo por el cual Colombia está determinada por su Constitución Política como un Estado Social de Derecho<sup>272</sup>, el cual se encuentra dividido en tres ramas de poder: La Rama Legislativa, La Rama Judicial y la Rama Ejecutiva, las cuales son autónomas entre sí; además existen algunos entes autónomos como: la Contraloría y Procuraduría

---

<sup>270</sup> En la Constitución Política de Colombia de 1991, se observa que el preámbulo, el Título I que habla sobre los principios fundamentales, el Título II que habla sobre los derechos fundamentales, con algunas excepciones, por cuanto es el artículo 85 es el que determina de manera taxativa cuales son los derechos de aplicación inmediata, y algunos de los DESC que hablan del desarrollo y protección de las personas, tanto niños, jóvenes, madres gestantes, adultos mayores y la familia en general, los cuales se han tomado como fundamentales por conexidad, serian catalogados como derechos de aplicación inmediata.

<sup>271</sup> Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “El nuevo Constitucionalismo en América Latina”, (Memorias del encuentro Internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI, Quito: Corte Constitucional, 2010), 23.

<sup>272</sup> Constitución Política de Colombia – Concepto que se explica de una forma muy clara en las sentencias T-401 y T- 406 de 1992, de la Corte Constitucional de Colombia.

Generales de la Nación, antes que ejercen control sin necesidad de pertenecer a una Rama de Poder<sup>273</sup>.

De manera breve se estudiará a continuación cada una de las ramas del poder público con el fin de determinar cuáles son las funciones e instituciones que existen en cada una de estas.

En el estado Colombiano, en la Rama Legislativa<sup>274</sup> se encuentran los grupos colegiados que legislan; dentro del cual para el caso en concreto, se tienen el Senado y la Cámara de Representantes, instituciones que cumplen entre otras funciones, con la finalidad principal de legislar y juzgar a altos funcionarios de otras entidades<sup>275</sup>. Es así como mediante los artículos 114 y 150<sup>276</sup> de la Constitución Política de Colombia, se encarga a este cuerpo bicameral de desarrollar las normas con las cuales se da vida al ordenamiento jurídico.

En la Rama Judicial<sup>277</sup> se encuentran cuatro tipos de jurisdicciones distintas, las cuales tienen un órgano de cierre, sin que exista superioridad de ninguno de estos; entre ellas la Jurisdicción Ordinaria, en la cual su órgano de cierre es la Corte Suprema de Justicia; la Jurisdicción Administrativa, con su órgano de cierre el Consejo de Estado; una Jurisdicción Disciplinaria en asuntos judiciales, hoy en día bajo la cabeza del Consejo Superior de la Judicatura<sup>278</sup>; y la Corte Constitucional, órgano de última instancia en asuntos constitucionales<sup>279</sup>.

Por último y no menos relevante tenemos la Rama Ejecutiva<sup>280</sup>, la cual se encuentra bajo la cabeza del Presidente de la República y sobre quien recae de manera excepcional la potestad reglamentaria, conforme lo regula la Constitución en

---

<sup>273</sup> Jacobo Pérez Escobar, *Derecho Constitucional Colombiano*, (Santafé de Bogotá: editorial Temis S.A., 1997), 10.

<sup>274</sup> En el Título VI de la Constitución Política de Colombia, se da un desarrollo concerniente a la Rama Legislativa.

<sup>275</sup> *Ibidem*, 482.

<sup>276</sup> Artículo 114: Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.

Artículo 150: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones...

<sup>277</sup> En el Título VIII de la Constitución Política se da un desarrollo concerniente a la Rama Judicial.

<sup>278</sup> En el momento de la realización del presente texto, se expidió el acto legislativo 002 del año 2015 (reforma de equilibrio de poderes), el cual en su artículo 15, ordena remplazar el consejo superior de la judicatura, por el consejo de gobierno judicial, cambio que ha llevado a muchos debates e incluso demandas de inconstitucionalidad, y hasta el día de hoy no se ha definido con claridad el cambio de esta entidad.

<sup>279</sup> Jacobo Pérez Escobar, *Derecho Constitucional Colombiano...*, 591-592-600-610.

<sup>280</sup> En el Título VII de la Constitución Política de Colombia, se da un desarrollo concerniente a la Rama Ejecutiva.

su artículo 189 #11<sup>281</sup>. Es en este punto, donde el caso colombiano se convierte en un caso concreto de estudio, puesto que la competencia legislativa ya no solo recae sobre el Poder Legislativo, si no también sobre el Poder Ejecutivo, es aquí donde autores como Quinche<sup>282</sup> consideran que esta competencia puede generar inseguridad jurídica, en tanto el control que se ejerce frente a dichos Decretos no es suficiente, ya que este lo realiza el Consejo de Estado, y así el Poder Ejecutivo podría legislar temas que no le competen, por intermedio de lo que el autor denomina como decretazos<sup>283</sup>.

Tomando en cuenta lo anterior y conforme a la Constitución colombiana en el artículo 116 inciso primero<sup>284</sup> el cual determina la administración de justicia bajo la cabeza de: la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los Jueces, y los Jueces de Justicia Penal Militar<sup>285</sup>; en el caso en concreto de estudio se analizarán la jurisprudencia y los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado: instituciones que tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma, la primera, como guardián supremo de la Constitución, y la segunda, que podrá declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, y que no sean competencia de la Corte Constitucional; a pesar de que en pocas ocasiones el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la omisión legislativa, estos han sido incisivos llegando incluso a sancionar al estado.

Por último y conforme a todo lo anterior, también es necesario hablar sobre un inconveniente que puede ser perjudicial frente al caso de los pronunciamientos de

---

<sup>281</sup> Artículo 189 #11: Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

<sup>282</sup> Quinche, en su texto “La seguridad jurídica frente a sentencias definitivas. Tutela contra sentencias”, habla sobre el control que se realiza por parte del Consejo de Estado al poder Ejecutivo, frente a los decretos reglamentarios que expide el mismo, en tanto el autor considera que para el momento en que se escribió el texto, los Magistrados del Consejo de Estado no realizaron de la mejor manera su labor de realizar el control pertinente frente a los mismos, por cuanto la mayoría de magistrados de dicho momento eran amigos cercanos del presidente Uribe, quien para el autor intento legislar a partir de lo que él denomina como decretazos.

<sup>283</sup> Manuel Fernando Quinche Ramírez, “La seguridad jurídica frente a sentencias definitivas. Tutela contra sentencias”, (Revista estudios Socio-Jurídicos- vol.12. enero – junio del 2010, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010), 101.

<sup>284</sup> Artículo que quedo en firme mediante el acto legislativo 03 del año 2002, artículo 1.

<sup>285</sup> Artículo 116: La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

las altas Cortes, este es el famoso “Choque de Trenes”<sup>286</sup>, o también el llamado choque de vanidades denominado así por Rubén Darío Henao Orozco<sup>287</sup>, problema que se originó jurisprudencialmente en la Sentencia T - 079 del año de 1993, mediante la cual la corte constitucional dio vía libre y determinó que si una decisión judicial es arbitraria, ésta podrá ser entendida como una vía de hecho<sup>288</sup> y así habría lugar a que la persona que se vea afectada con dicha decisión pueda interponer una acción de tutela frente a la sentencia que considere afecte sus derechos, incluso aunque ésta sentencia fuese dictaminada por un órgano de cierre. Aunque en el mismo texto el autor hace referencia a la inexistencia de una superioridad jerárquica entre los jueces que son parte de la Rama Judicial, es claro que la última instancia en Colombia en fallar sentencias de tutela es la Corte Constitucional, fallos que se dictan a través de una selección aleatoria: así a pesar de no existir una jerarquía se concluye que la Corte Constitucional es el último ente en conocer y resolver tutelas y también la última instancia en salvaguardar la Constitución, lo cual le daría una jerarquía de superioridad frente a la protección de los derechos fundamentales y constitucionales.

### **3.2. La omisión legislativa dentro del ordenamiento jurídico colombiano.**

A pesar que Colombia fue uno de los pioneros en los cambios constitucionales a nivel Latinoamericano, es de resaltar que en su Constitución de 1991 no existe la figura como tal de la omisión legislativa, motivo por el cual fue necesaria la creación de la misma a través de la vía jurisprudencial de la Corte Constitucional, figura que se implementó ya que uno de los principales pronunciamientos de esta demostró que existía una omisión legislativa, pero aun así se dio una interpretación judicial y se resolvió el recurso como una tutela: este es el famoso caso de la sentencia T - 406 de 1992, que se considera como una base del Estado colombiano, ya que en el caso en concreto la Corte determina y argumenta porque Colombia es un Estado Social de Derecho; y así posteriormente explica al ciudadano que interpone la acción de tutela, que esta no es el mecanismo idóneo para proteger el derecho tutelado por tratarse de uno colectivo, y la no construcción de un

---

<sup>286</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe 044 del año 2008.

<sup>287</sup> Rubén Darío Henao Orozco, “Tutelas Contra Sentencias de las Altas Cortes o Choque de Vanidades”, (en <http://www.redalyc.org/articulo-oa?id=87601709>), 129. Consultado: 3 de diciembre del 2014.

<sup>288</sup> *Ibidem*, 132.

acueducto estaba vulnerando no sólo sus derechos si no el de la comunidad, por consiguiente explica la Corte que la garantía idónea era la acción popular, acción que para el momento de la sentencia no tenía mayor regulación que lo dicho en la Constitución; pero la Corte con la finalidad de no desamparar los derechos fundamentales que estaban siendo vulnerados se atrevió a resolver dicho caso, con el trámite de la tutela<sup>289</sup>.

En este pronunciamiento de tan importante relevancia para el Estado colombiano, se observa que la misma Corte se percató que ya existía una omisión legislativa, frente a algunas de las garantías constitucionales que había creado la Constitución de 1991, pero aun así la Corte no entró a pronunciarse sobre la omisión legislativa.

Posteriormente, tuvieron que pasar dos años para que la Corte Constitucional de Colombia emitiera sus pronunciamientos sobre los casos de omisión legislativa, primero de forma leve, sin adentrarse sobre la figura como tal, como es el caso de la sentencia C - 108 de 1994 donde la Corte simplemente hace énfasis en que la figura de la omisión legislativa debe ser utilizada en los casos en los que exista un silencio por parte del legislador<sup>290</sup>; dicho pronunciamiento recae sobre cómo debe ser entendida la figura de la omisión legislativa, es decir la Corte no se pronuncia de fondo sobre cómo se debe de tratar dicho problema.

Por el contrario la sentencia C - 543 de 1996, se constituye como la primera sentencia de la Corte Constitucional frente a la omisión legislativa al determinar la naturaleza de la omisión legislativa, las clases de omisiones legislativas, y además su competencia dentro de la misma<sup>291</sup>.

Así, a partir de la anterior sentencia se determina que la omisión legislativa en Colombia es: la falta que cumple el legislador frente a un accionar que ha determinado el constituyente<sup>292</sup>, y que por tanto existe una omisión legislativa:

(...) cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución

---

<sup>289</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T - 406 de 1992

<sup>290</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 108 de 1994

<sup>291</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 543 de 1996

<sup>292</sup> *Ibidem*.

omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella<sup>293</sup>.

Es aquí que la Corte determina varias clases de lo que se puede considerar omisión legislativa, determinándose dos características principales: la primera en la cual el legislador viola un mandato constitucional al no crear una norma concreta ordenada por la misma, y la segunda en la cual el legislador ha creado la norma como tal, pero a pesar de esto la norma viola los derechos de otros.

Por tanto se puede observar que este concepto de la Corte Constitucional, no se aleja mucho al concepto de Wessel, ya que determina la omisión desde dos perspectivas, una en la cual hay un caso omiso a la creación de la norma, y un segundo en donde la creación de la norma viola los derechos de unos terceros; concepto muy semejante al creado por la doctrina alemana.

La autora Ibagón, quien es una de las pocas personas que ha hablado sobre la omisión legislativa en Colombia, considera que la Corte Constitucional frente a la omisión legislativa no ha creado una jurisprudencia clara sobre lo que debe de considerarse como tal<sup>294</sup>, ya que la clasificación que realiza la Corte Constitucional en el pronunciamiento antes citado deja la puerta abierta a muchas consideraciones.

Para esta misma autora la Corte Constitucional basó su pronunciamiento de omisión legislativa en el autor Gómez Canotilho, ya que como se ha observado con anterioridad, para este autor y según lo analizado por Ibagón, la Corte Constitucional de Colombia está considerando la omisión legislativa no sólo como un simple no hacer si no que es indispensable que dentro de la Constitución exista una obligación de hacer, y que en la medida de lo posible este hacer este determinado por un tiempo explícito<sup>295</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior y el pronunciamiento de la sentencia C - 543 de 1996, se puede determinar que la Corte Constitucional de Colombia reconoce la existencia de:

- La omisión legislativa absoluta: la cual se puede determinar como la inexistencia o falencia total de la creación de un precepto normativo.
- La omisión legislativa relativa, en la cual el legislador ha creado la norma, dejando en desventaja a algunas personas que quedan por fuera de ella sin

---

<sup>293</sup> *Ibidem*.

<sup>294</sup> Mónica Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia...”, 315.

<sup>295</sup> *Ibidem*, 314-315.

justificación alguna, dando como resultado una clara violación al derecho de igualdad.

Continuando con el análisis de la sentencia en mención, es de anotar que la Corte Constitucional ha determinado que existen ciertos requisitos que permiten determinar la existencia de una omisión legislativa, los cuales son catalogados así: el deber de legislar debe ser específico y no genérico<sup>296</sup>, o sea que el tema sobre el cual se debe de crear una norma debe estar claramente determinado en la Constitución; además tal deber tiene que ser concreto, y no tan abstracto como un principio<sup>297</sup>, esto quiere decir que el mandato tiene que ser expreso al legislador, y sobre una norma determina: no se puede dar la orden de legislar sobre un principio o elementos normativos abstractos; finalmente el plazo para cumplir con dicha orden debe de ser claro<sup>298</sup>: para la Corte Constitucional es indispensable que se haya fijado un plazo de manera clara o explícito del tiempo que el legislador tiene para cumplir con el mandato de legislar. Frente a este elemento el autor del presente texto considera que existe una complicación, ya que sería muy difícil que el constituyente en un cambio de Constitución pueda determinar cuál es un plazo como tal, teniendo en cuenta que dicho cambio se puede dar de forma abrupta e incluso en algunas ocasiones la historia ha demostrado que ha sido de manera violenta; esto conlleva un fondo transformador tanto para el Estado como para los habitantes del mismo, por lo cual se puede considerar que el tiempo debería ser un lapso no superior a más de un año desde la entrada en vigencia de la Constitución, o en algunos casos excepcionales un solo periodo legislativo.

Teniendo claro el concepto de la Corte Constitucional sobre la omisión legislativa, se realiza a continuación un breve análisis jurisprudencial de ésta Corte y algunas de sus sentencias emblemáticas sobre el tema.

### **3.3. La Corte Constitucional de Colombia y la inconstitucionalidad por omisión, análisis jurisprudencial.**

Es claro que la Corte Constitucional de Colombia reconoce la existencia de las omisiones legislativas absolutas y relativas, por lo cual se realiza este breve análisis de cómo ha sido tratado el tema por éste órgano, a través de algunas de sus

---

<sup>296</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 543 de 1996.

<sup>297</sup> *Ibídem.*

<sup>298</sup> *Ibídem.*



sentencias, entrando a observar en primer momento cómo se ha determinado la competencia de la misma.

“En Colombia, el control de constitucionalidad de las leyes tuvo sus orígenes en el año 1910, a través del acto legislativo N. 03, es decir, cuando ya se había implementado el modelo de Estado de Derecho, bajo la Constitución Política de 1886<sup>299</sup>”, esta apreciación permite determinar que el control de constitucionalidad de las normas en Colombia no es un elemento de la Constitución del año 1991, ya que es un control que se ejerce desde hace mucho tiempo, pero que es a partir de esta Constitución que dicho control se ejerce por la Corte Constitucional, órgano que se creó con la misma Constitución. También es necesario anotar que la acción de inconstitucionalidad en Colombia se determinó a partir de ésta misma Constitución, dejando de lado la inconstitucionalidad por omisión<sup>300</sup>, necesidad que conllevó la creación de dicha figura a nivel jurisprudencial.

En este sentido es preciso revisar de manera rápida que dentro de las competencias de la Corte Constitucional también se encuentran sus reconocidos pronunciamientos de exequibilidad e inexecuibilidad de una norma, conceptos que se crearon dentro de la jurisprudencia colombiana: así tomando las palabras de Villa se puede decir que la inexecuibilidad de una norma se da cuando ésta no es posible seguir aplicándola porque ha sido considerada inejecutable, sin ser necesariamente contraria a la Constitución; por otro lado la norma que se considera inconstitucional es contraria a la Constitución<sup>301</sup>. A la luz del presente estudio, se puede considerar como un punto de debate, ya que al existir una figura de inconstitucionalidad y una de inexecuibilidad, las cuales buscan como fin sacar una norma del ordenamiento jurídico, y en tanto la Corte Constitucional es la encargada de tener esta competencia: se podría llegar a interpretar que la omisión legislativa desde una perspectiva amplia podría ser llevada a un ejercicio de inexecuibilidad<sup>302</sup>, debate que se deja abierto y a consideración del lector, por no tratarse del tema central aquí

---

<sup>299</sup> Susana Villota, “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas...”, 462.

<sup>300</sup> *Ibidem*, 473

<sup>301</sup> Iván Villa, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, (Bogotá, 2007, Legis), 189.

<sup>302</sup> Sobre este tema es el autor Luis Bernardo Díaz Gamboa, en su texto “La inconstitucionalidad por omisión. Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los Derechos Humanos”, revisa de una manera muy breve lo planteado en el presente texto, también la sentencia C – 351 del año 2013, habla sobre el tema.

estudiado. Finalmente, cabe recordar que el término de exequibilidad hace referencia a la norma que es válida y vigente<sup>303</sup>.

Continuando con los planteamientos del mismo autor se podría decir que en Colombia la sentencia de inconstitucionalidad se caracteriza por hacer tránsito a cosa juzgada: la norma declarada inconstitucional o inexecutable no podrá ser tomada en cuenta mientras subsista las disposiciones contrarias a la Constitución; esto aplica para las normas que son constitucionales y se han demandado posteriormente, es decir inconstitucionalidad sobreviniente. Igualmente proceden efectos erga omnes sobre la sentencia que declara una inconstitucionalidad, esto produce la derogación de la misma, retirándola del ordenamiento jurídico; sus efectos son diferentes en el tiempo por cuanto generalmente la inconstitucionalidad de una norma produce efectos a futuro (Ley 270 de 1996, artículo 45); estos efectos según la jurisprudencia de la corte constitucional pueden ser de tres tipos: ex nunc (no retroactivos), ex tunc (retroactivos), y diferidos o sea se declara la inconstitucionalidad dejando la vigencia de la norma por un tiempo. Así las cosas podríamos determinar que la declaración de una inconstitucionalidad puede conllevar varios efectos<sup>304</sup>, tema que se abordará más adelante al analizar los tipos de sentencia por intermedio de los cuales la Corte Constitucional resuelve los casos de omisión legislativa, por el momento es necesario dejar en claro que los efectos de la inconstitucionalidad trascienden a cosa juzgada, y dejan por fuera del ordenamiento a la norma que se considera como inconstitucional.

Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, es claro que en Colombia existe un control de constitucionalidad de las normas que se encuentra regulado, sin embargo el mismo a su vez deja por fuera las omisiones legislativas, motivo por el cual la Corte Constitucional se vio en la necesidad de desarrollar dicho tema en base a su jurisprudencia, mediante la cual determinó su competencia así: el control de constitucionalidad se da sobre normas existentes que sean contrarias a la supremacía de la Constitución, es decir que el juicio de control de constitucionalidad se presenta frente a normas en concreto que de manera directa contradicen la norma de normas, ya que frente a derechos no existentes, el control de constitucionalidad estaría protegiendo algo ilusorio. De dicho análisis se determina si la norma es contraria a la Constitución y así posteriormente se permite considerar si es necesario que la norma salga del ordenamiento jurídico. Por consiguiente y tomando en cuenta la sentencia C

---

<sup>303</sup> Iván Villa, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, 189.

<sup>304</sup> *Ibidem*, 187-188

- 543 de 1996, la Corte Constitucional determina que la competencia de la misma sólo recae sobre las omisiones legislativas relativas, ya que en este tipo de omisiones existe una norma, la cual pasa a ser analizada bajo la supremacía de la Constitución buscando que la norma existente no sea violatoria del derecho a la igualdad; por el contrario y frente a la omisión legislativa absoluta, la Corte Constitucional considera que ella no tiene la competencia para poder pronunciarse sobre el tema, en tanto no hay una norma violatoria de la Constitución como tal.

En palabras de la Corte:

La acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa a la competencia de la Corte. Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta<sup>305</sup>.

Esta postura sobre la valoración de las omisiones legislativas de la Corte Constitucional de Colombia perdura hasta el día de hoy, dejando claro que ellos no son competentes para poder juzgar las omisiones legislativas absolutas, y que este tipo de omisiones conllevan más bien una falta disciplinaria para lo cual la Corte Constitucional no tiene competencia. Para la Corte, y a pesar de ésta falta de competencia, no ha sido impedimento para buscar otras salidas a las omisiones legislativas absolutas, como la clásica exhortación al legislador: estos pronunciamientos se inician en la sentencia de la Corte Constitucional C - 473 de 1994, en la cual la Corte realiza un análisis de elementos que resultan importantes al relacionarse con la figura de la omisión legislativa, tales como el activismo judicial, y la libertad de configuración legislativa; elementos que pueden ser analizados a la par de la omisión legislativa, pero que para el presente estudio no serán analizados por cuanto tales figuras no forman parte del tema central, pero que podrían ser considerado como elementos importantes dentro de la toma de una decisión dentro de un caso de omisión legislativa.

Para autores como Ibagón, la Corte Constitucional ha creado una línea jurisprudencial frente a la omisión legislativa en tres perspectivas: las sentencias

---

<sup>305</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 543 de 1996

interpretativas, un segundo tipo de sentencias que son las integradoras aditivas y un tercer tipo denominadas como exhortativas<sup>306</sup>.

Por otro lado también se encuentra la postura de Sarmiento, quien considera que dentro de las sentencias que resuelven la omisión legislativa en el caso Colombiano existen: la sentencias exhortativas, las sentencias que declaran la constitucionalidad temporal de la norma, las sentencias integradoras, las sentencias aditivas prestacionales y por último las sentencias que contienen recomendaciones al legislador<sup>307</sup>.

Son estos dos autores colombianos los que han tratado el tema de la omisión legislativa a profundidad; entre sus planteamientos al analizar las posibles soluciones existen algunas coincidencias que se perciben sobre el estudio que realizan en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual se vale de distintos tipos de sentencias, iniciando por la exhortativas, integradoras y aditivas, las cuales según el criterio de éstos autores son comúnmente utilizados por la Corte Constitucional para resolver los casos de omisiones legislativas.

A continuación se presentan de manera breve cada tipo de sentencia realizando un análisis de un caso en concreto de los pronunciamientos realizados por parte de la Corte Constitucional, buscando observar el carácter de la misma frente a la omisión legislativa; cabe recordar que los tipos de sentencias de resolución de las omisiones legislativas fueron analizados en el primer capítulo del presente texto, motivo por el cual no se profundiza en la explicación de los mismos.

### **3.3.1. Sentencias exhortativas.**

Desde la perspectiva de Ibagón, la sentencia exhortativa es aquella en la cual la Corte por intermedio de un pronunciamiento invita al legislador a crear una norma o mejorar una ya existente<sup>308</sup>. Por el contrario Sarmiento, analiza este tipo de sentencias a partir del criterio del autor Díaz, determinando que las sentencias exhortativas pueden entenderse en tres perspectivas, la primera que evitan la confusión en la Política Constitucional, una segunda en la cual la Corte Constitucional declara que la situación jurídica demandada de inconstitucionalidad es aceptable, pero se solicita al legislador que añada una nueva regulación sobre el

---

<sup>306</sup> Mónica Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia...”, 323.

<sup>307</sup> Juan Pablo Sarmiento Erazo, *Responsabilidad patrimonial del estado por omisiones legislativas entre el juez constitucional y el juez administrativo*, (Bogotá: grupo editorial Ibáñez, 2010), 91.

<sup>308</sup> Mónica Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia...”, 323.

tema, y la tercera que no es muy diferente a la segunda, se presenta cuando la Corte Constitucional considera que la normativa vigente es aun aceptable, pero la Constitución exige su cambio en la medida que se hayan dado transformaciones sociales<sup>309</sup>. La exhortación sería el mecanismo por idoneidad utilizado por la Corte Constitucional en los casos que se presente una inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, tal cual como lo hizo la Corte en su sentencia C - 473 de 1994, caso en el cual accionante, demanda por inconstitucionalidad algunos artículos de la Constitución Política y del Código Sustantivo del Trabajo, por considerar que los mismos eran inconstitucionalidad, en cuanto no determinaban de manera clara que se debe de entender por servicio público y por servicio público esencial, lo cual impediría el derecho a la huelga, derecho que además de todo lo anterior no había sido regulado de forma expresa por el legislador, por consiguiente la demanda plasmaba una omisión legislativa absoluta, frente al derecho a la huelga, ya que este derecho se encuentra consagrado en la Constitución Política de Colombia, pero para el año de la sentencia no existía una regulación normativa que permitiera desarrollar el derecho a la huelga como tal, por consiguiente y por tratarse de una omisión legislativa absoluta, la Corte Constitucional se consideró sin la competencia para poder pronunciarse sobre el caso en concreto, pero de manera expresa, determino que los artículos demandados del Código Sustantivo del Trabajo, no eran inconstitucionales siempre y cuando se interpretaran bajo el concepto Constitucional, y así por ultimo exhorta al Congreso a legislar sobre el derecho a la huelga. Además de lo anterior es de anotar que para la fecha de dicha sentencia la jurisprudencia de la Corte Constitucional aún no había tratado el tema de la omisión legislativa, y así aun sin pronunciarse de fondo sobre el trámite que se debía de dar a dicho problema solo exhortó a los legisladores a regular la norma pertinente<sup>310</sup>.

En este sentido se puede concluir que aunque la Corte Constitucional de Colombia ha dicho no tener competencia para conocer los casos de omisiones legislativas absolutas, si se ha permitido exhortar al legislador a normativizar sobre un tema determinado, mecanismo que al mismo tiempo puede ser utilizado en el juzgamiento de una omisión legislativa relativa.

---

<sup>309</sup> Juan Pablo Sarmiento, *Responsabilidad patrimonial del estado por omisiones legislativas...*, 93.

<sup>310</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 473 de 1994.

### **3.3.2. Sentencias interpretativas.**

Analizando este tipo de sentencias desde la perspectiva de Ibagón, se puede determinar que éste método se asemeja al trabajado en Italia, por medio del cual la Corte Constitucional realiza un análisis de interpretación que sobre un mismo texto se pueden presentar, dejando por fuera del ordenamiento jurídico las interpretaciones que no se adecúen al orden constitucional. En claro esto, la autora considera que existen dos tipos de sentencias interpretativas de la Corte Constitucional colombiana, el primer tipo de sentencias interpretativas son las que se dan mediante una interpretación condicionada, en otras palabras, en las sentencias donde la Corte determina la manera como se debe de dilucidar la norma, dejando sin espacio a especular otras formas de interpretación; y las sentencias interpretativas que no son restrictivas, en las cuales la Corte Constitucional deja abierto el análisis a otras aplicaciones de la norma<sup>311</sup>.

Para ejemplificarlo se puede analizar la sentencia C - 543 de 1996, donde el accionante demanda la omisión legislativa absoluta de los artículo 87 y 88 de la Constitución Política de Colombia, ya que para la fecha de la misma aún no se habían regulado dichos artículos de la Constitución, estos que debían ser regulados para proteger las garantías constitucionales de la acción de cumplimiento y la acción popular; tomando en cuenta que la Corte considera que no tiene competencia para poder pronunciarse sobre las omisiones legislativas absolutas, se declara inhibida para poder conocer las demandas de inconstitucionalidad que versen sobre dicho tema, por cuanto el Constituyente primario le otorgo la protección y salvaguarda de la Constitución de forma taxativa bajo lo determinado en el artículo 241 de la Constitución, así la misma Corte Constitucional determina que son los jueces las personas idóneas quienes deben de interpretar la normatividad existente para poder resolver los casos en los cuales se deban de proteger estas garantías constitucionales, dejando así en mano de los jueces y del activismo judicial la interpretación de las mismas, aun sin realizar una exhortación a los legisladores para que realicen la normatividad pertinente.

### **3.3.3. Sentencias integradoras aditivas.**

En este tipo de sentencias, en su aparte teórico, se puede encontrar los fallos que se unifican, con la finalidad de adicionar una interpretación ya sea en sentido

---

<sup>311</sup> Mónica Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia...”, 323.

amplio o restrictivo frente a la omisión legislativa; pese a que en Colombia ya existe un amplio bagaje sobre sentencias de inconstitucionalidad por omisión, no existe un pronunciamiento mediante el cual la Corte unifique un criterio frente a la omisión legislativa; sin embargo cabe resaltar que la Corte siempre ha mantenido su criterio de no tener competencia frente a la omisión legislativa absoluta; por otro lado la Corte Constitucional de Colombia ha logrado unificar distintos criterios de algunos derechos desde varias sentencias en temas como la salud, el derecho de petición, la acción de tutela, y otros temas en los cuales la Corte ha generado una línea jurisprudencial frente a un derecho en concreto.

Se puede considerar que la dificultad de la unificación de la omisión legislativa, se presenta debido a que cada demanda de inconstitucionalidad busca que la norma en juicio se expulse del ordenamiento por una vulneración en concreto a la Constitución, pero además de lo anterior cada caso trata un derecho en específico y un fin diferente.

#### **3.3.4. Sentencias integradoras.**

No muy lejos de lo que se propone en las sentencias integradoras aditivas, están las sentencias integradoras: las cuales según el criterio de Sarmiento son aquellas que por lo general no buscan declarar la inconstitucionalidad de la norma, por el contrario buscan que ésta en algún momento puede llegar a ser constitucional y por tanto no salga del ordenamiento jurídico, esto mediante la integración de una norma con otras normas legales o constitucionales<sup>312</sup>; aquí, es necesario recordar que en Colombia la Constitución Política no establece en ningún momento una jerarquía normativa, por lo cual no hay rangos entre ellas; en este sentido la diferencia entre las normas se lleva a cabo por su estructura interna y su alcance normativo, lo cual permite catalogarlas en: normas sobre derechos humanos, garantías institucionales, principios fundamentales y fines del estado, mandatos al legislador (éstas son ordenes que la Constitución le da al legislador con la finalidad de que éste desarrolle los actos que permitan un desarrollo jurídico específico, sin que exista un término de cumplimiento o la posibilidad de constreñimiento para el legislador) cláusula de habilitación, normas organizativas y procedimentales.<sup>313</sup>

---

<sup>312</sup> Juan Pablo Sarmiento, *Responsabilidad patrimonial del estado por omisiones legislativas...*, 108

<sup>313</sup> Iván Villa, *Nuevo Derecho Constitucional antecedentes y fundamentos...*, 339-342

Esto permite inferir que las normas al no tener una jerarquía podrían ser integradas entre sí, conllevando esto a que la integración de las mismas permita la existencia de una seguridad jurídica más amplia. Como ilustración, la sentencia C - 098 de 1996, indica cómo la Corte Constitucional debatió acerca de la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990, en la que se regula las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes; el debate sobre ésta Ley giró sólo sobre parejas heterosexuales, dejando de lado a las homosexuales, aun así clarificando la existencia de una omisión legislativa relativa en la cual un grupo de personas no fueron consideradas dentro de la normatividad; la Corte en esta sentencia le da un mayor valor a la normatividad como tal, que al hecho discriminatorio de un grupo minoritario, y se pronuncia en el sentido de precisar al legislador para que “eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes” de la norma en mención<sup>314</sup>. La Corte no decretó la inconstitucionalidad de la norma, por lo cual se podría entender que para este caso se dio una constitucionalidad condicionada, lo que permitía posteriormente se hablara y debatiera dicho tema, tal como ocurrió diez años después, cuando ella fue objeto de debate nuevamente a la luz de la sentencia de la Corte Constitucional C - 075 del año 2007, fallo mediante el cual la Corte integró la Ley 54 de 1990 y la Ley 979 de 2005. Posteriormente la Corte retoma la sentencia C - 098 de 1996, y aclara que en su primera sentencia no cerró el debate de la Ley 54 de 1990, en tanto éste se había dejado abierto. Su análisis final determina que la Ley 54 de 1990 debe ser revisada de conformidad con la Ley 979 de 2005, con lo cual se puede evidenciar que la Corte integró la normatividad de estas dos leyes intentando minimizar la desigualdad existente en un principio<sup>315</sup>.

Es necesario resaltar en este punto que en Colombia existe la Ley 1553 de 1887, mediante la cual se dan ciertos parámetros para que los jueces a partir de la normatividad existente, realicen sus interpretaciones y puedan resolver los casos; esta normatividad fue creada para resolver las lagunas jurídicas, pero en cierta medida y en el sentido de las sentencias analizadas previamente, se puede evidenciar que dicha Ley podría ser utilizada para la interpretación de omisiones legislativas relativas, desde los principios generales del derecho que le permitan al juez sentenciar de manera justificada y en derecho.

---

<sup>314</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 098 de 1996.

<sup>315</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 075 de 2007.



El artículo 8 de la Ley 1553 de 1887 determina que: “Cuando no haya Ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”<sup>316</sup>. Tomando en cuenta este artículo, es posible inferir que esta normatividad podría ser aplicable para que los jueces en casos de omisiones legislativas absolutas y relativas, pudieran valerse de ella y así resolver el caso a través de la doctrina constitucional o también a través de alguna fuente formal del derecho.

En este punto se deja de manera clara que la omisión legislativa es una figura que se puede analizar a partir del activismo judicial y la interpretación de la norma.

### **3.3.5. Sentencias que declaran la constitucionalidad temporal de la norma.**

Para explicar este tipo de sentencias, Sarmiento se basa en las consideraciones de Arango, determinando que: en caso que exista una omisión legislativa relativa, donde la norma se encuentre en cierta medida incompleta, desamparando un grupo de personas a los cuales habría lugar que la norma los proteja, es necesario considerar que al declarar la inconstitucionalidad de la norma se daría un vacío jurídico más grande que el ya existente; por ende, la mejor solución es declarar la constitucionalidad temporal de la norma, por lo cual la Corte Constitucional le permite al legislador realizar la complementación de la norma, y en caso que esto no suceda, sería la misma Corte la encargada de poder anexar a la norma los grupos de personas que se han mirado vulnerados al no vincularse a la misma<sup>317</sup>.

Este tipo de sentencias, revisadas por Sarmiento, permiten observar que cuando la Corte Constitucional detecta la no inclusión de un grupo de personas en una norma determinada, tal hecho es de manera arbitraria en tanto no se justifica, y por tanto se está inmerso en una omisión legislativa relativa, configurándose así una violación al derecho a la igualdad.

Un claro ejemplo de este tipo de sentencias es la sentencia C - 737 de 2001, el accionante demanda gran parte del a Ley 619 del año 2000, por intermedio de la cual se decretan algunas generalidades y se regula la distribución de los rubros frente a la explotación de recurso no renovables, el accionante considera que dicha norma se

---

<sup>316</sup> República de Colombia, Ley 1553 de 1887.

<sup>317</sup> Juan Pablo Sarmiento, *Responsabilidad patrimonial del estado por omisiones legislativas...*, 102

encuentra viciada por requisitos de procedibilidad, en cuanto, en un primer momento la norma se había estipulado como una norma que solo iba a contener 3 artículos, pero a medida que pasaron los debates el número de artículos se iba incrementando, y así en el momento que llegó a los debates del Senado, la Ley tenía un cuerpo de artículos que no fue previsto en los debates de la Cámara de Representantes, y por consiguiente la norma se encontraba viciada; así la Corte Constitucional de Colombia considera que: "... una sentencia de inconstitucionalidad diferida, o de constitucionalidad temporal, es aquella por medio de la cual el juez constitucional constata que la Ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, porque la expulsión automática de la disposición ocasionaría una situación peor...<sup>318</sup>", claramente se puede observar que el punto analizado por la Corte se basa en cierta medida en la seguridad jurídica, ya que retirar de manera inmediata una norma crearía un vacío mayor que el que se está dando por la omisión legislativa relativa, y así por consiguiente resuelve que la norma no se expulsada de manera inmediata del ordenamiento, y por el contrario determina su constitucionalidad temporal, otorgando un plazo determinado al Congreso para que regule dicha norma.

Otro claro ejemplo es la sentencia C - 221 del año de 1997, en la cual el accionante presenta una demanda de inconstitucionalidad, frente al Decreto 1333 de 1986 y contra el literal c del artículo 1 de la Ley 97 de 1913, en cuanto el accionante considera que los impuestos que se generan por la explotación de los recursos naturales, no deben de ser considerados como impuestos como tal, por el contrario es una retribución que se genera al estado en contra prestación de la explotación de los mismos, ya que frente al tema, se habla de una explotación como extracción, así el demandante busca que por intermedio de su acción la Corte Constitucional identifique son los impuestos y los rubros de los recursos no renovables, y cómo se deben de manejar los mismos, ya que para la fecha de la demanda no existía regulación suficiente sobre el tema; esto conllevó a que la Corte, con el fin de no generar un vacío mayor, considere la norma ya existente como una norma constitucional, pero a la vez exhortó al legislador a completar dicha norma y así poder mejorar la regulación frente al manejo de estos recursos públicos<sup>319</sup>.

---

<sup>318</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 737 de 2001.

<sup>319</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 221 de 1997.

En esta perspectiva, es claro que la finalidad de esta sentencia a pesar de la diferenciación que realiza Sarmiento, recae en dar una mayor seguridad jurídica, evitando así que una norma retirada del ordenamiento jurídico, afecte en mayor grado que su misma presencia.

### **3.3.6. Sentencias aditivas prestacionales.**

Este tipo de sentencias son explicadas por Sarmiento, retomando los conceptos de Hernández, al determinar que una sentencia es aditiva prestacional en la medida que una determinada categoría de sujetos, por lo general servidores públicos, resultaban ilegítimamente excluidos o limitados frente a una prestación a la cual ellos tenían derecho<sup>320</sup>.

Como un claro ejemplo de este tipo de sentencias en Colombia, la Corte Constitucional tiene el pronunciamiento de la sentencia C - 080 de 1999, en esta sentencia el accionante demanda al Estado por considerar que existe una violación al derecho a la igual, por cuanto la norma sobre seguridad social y pensiones, determinaba que los hijos de los Oficiales de la Policía, Policías, o de un empleado del ministerio de Defensa Nacional, solo podía obtener la pensión de sobreviviente hasta que cumpla la edad de los 21 años, por el contrario, a las demás personas que no son parte de este medio, y que tenían los derechos del causante que había fallecido con una pensión, dicho derecho como sobrevivientes los protege hasta la edad de los 24 años, por consiguiente se mira una clara vulneración al derecho a la igualdad; así la Corte determina que los hijos de los Oficiales, Suboficiales y personal civil de la Policía Nacional, tienen el derecho de prolongar la sustitución pensional hasta los 24 años de edad, siempre y cuando estos se encuentren estudiando o no sean personas autosuficientes<sup>321</sup>; es así que a pesar de presenciar aquí una omisión legislativa relativa, la Corte consideró necesario que las prestaciones que habían sido negadas a este grupo de personas de forma indiscriminada, debía ser resuelto, vinculándolos a la normatividad y así ofreciendo dichas prestaciones a las personas que habían sido afectadas por la misma, incluso dando un efecto retroactivo a su decisión y amparando algunas personas que habían sido vulneradas por la normatividad presente para dicho momento. En este sentido, resulta claro que las sentencias aditivas prestacionales poseen un trasfondo que se

---

<sup>320</sup> Juan Pablo Sarmiento, *Responsabilidad patrimonial del estado por omisiones legislativas...*, 122.

<sup>321</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 080 de 1999.

relaciona más fácil en un ámbito de servidores públicos a los cuales se les ha violado su derecho a la igualdad, frente a una prestación a la cual ellos tenían derecho.

### **3.3.7. Sentencias que contiene recomendaciones al legislador.**

Este tipo de sentencias desde la perspectiva de Sarmiento, son las normas que no son inconstitucionales en sí, pero la norma requiere ser adecuada de una mejor forma, para así poder considerar una adecuada expresión del Poder Legislativo<sup>322</sup>.

Frente al caso concreto no se puede encontrar una sentencia como tal dentro de los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia; este tipo de sentencia es una consideración que realiza Sarmiento, frente a una de las posibilidades que existen para resolver la omisión legislativa.

Es importante recalcar, que este tipo de sentencia es muy semejante a la sentencia exhortativa, pero es necesario analizar que:

(...) la diferencia entre la exhortación hecha al legislador por parte del tribunal constitucional y sus recomendaciones parecen difíciles de diferenciar. Su punto más débil es la innecesaria limitación a la libertad de configuración legislativa, pues del contenido de la sentencia de constitucionalidad se puede verificar alguna recomendación o limitación al desarrollo normativo posterior<sup>323</sup>.

Continuando con la idea del autor, es viable deducir que la exhortación es una simple invitación a que el legislador legisle sobre un tema en específico, dejando a su plena libertad el desarrollo normativo, mientras que por el contrario las recomendaciones, son las sentencias en donde la Corte da unos parámetros de guía sobre la forma cómo se debe de legislar dicho tema.

Con estas aclaraciones, se da por terminado el análisis de las sentencias y herramientas que los autores colombianos y la Corte Constitucional han creado sobre el tema y las posibles formas judiciales de resolver las omisiones legislativas; es de recordar que para el caso de Colombia, la competencia de la Corte sólo se enfoca en la omisión legislativa relativa, dejando por fuera de su competencia la omisión legislativa absoluta.

## **3.4. El Consejo de Estado y la nulidad por inconstitucionalidad.**

El Consejo de Estado colombiano es una institución creada por Simón Bolívar el 30 de octubre del año 1817<sup>324</sup>, la cual por su relevancia se ha mantenido a lo largo

---

<sup>322</sup> Juan Pablo Sarmiento, *Responsabilidad patrimonial del estado por omisiones legislativas...*, 126.

<sup>323</sup> *Ibidem*, 127.

<sup>324</sup> Página oficial del consejo de estado, (en [https://www.sirvoamipais.gov.co/nuestra\\_actualidad/anio\\_actual/](https://www.sirvoamipais.gov.co/nuestra_actualidad/anio_actual/)-

del tiempo incluso siendo ratificada por la Constitución Política del año 1991 como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa; es también la misma Constitución a través del artículo 237 numeral 3, la que le atribuye sus competencias dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y dentro del mismo artículo en su numeral 2<sup>325</sup>, se le atribuye la figura de nulidad por inconstitucionalidad. Ésta se ha definido a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado cómo: el control jurisdiccional sobre Decretos de índole administrativa, por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad; así las cosas la nulidad por inconstitucionalidad es la confrontación directa de un decreto administrativo contra la norma constitucional<sup>326</sup>.

Sin embargo, el Consejo de Estado, aunque en muy pocas ocasiones se ha pronunciado sobre el tema de la omisión legislativa, su accionar ha sido contundente. En este sentido, frente a sus escasos pero valiosos pronunciamientos el Consejo de Estado se valió del concepto jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia para determinar lo que se debe de entender como omisión legislativa, motivo por el cual su competencia sólo se limita a conocer la nulidad por inconstitucionalidad de las omisiones legislativas relativas, siempre y cuando concurren las siguientes características:

- (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo;
- (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, **o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta;**
- (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente;
- (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y
- (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al Legislador.<sup>327</sup>

---

[/asset\\_publisher/mF3NPPB0tAeE/content/un-centenario-de-historia-consejo-de-estado](#)). Consultada: 22 de febrero del 2016.

<sup>325</sup> Artículo 237: Son atribuciones del Consejo de Estado:

# 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

# 3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.

En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

<sup>326</sup> Consejo de Estado de Colombia, sentencia radicado 110001 03 15 000 2001 0060 01, del 28 de Noviembre del año 2002.

<sup>327</sup> Consejo de Estado de Colombia, sentencia radicado 11001-03-25-000-2010-00058-000458-10, del 28 de Febrero del año 2013.

Determinado que el Consejo de Estado puede declarar la inconstitucionalidad de los Decretos Gubernamentales frente a los cuales no tiene competencia la Corte Constitucional, y que el Consejo de Estado ha trabajado en algunas ocasiones el tema de la omisión legislativa a partir del concepto que se creó de esta figura por la vía jurisprudencial, se realizará a continuación el análisis de algunas sentencias en las cuales se ha tratado el tema central del presente estudio.

Ejemplo de los pronunciamientos del Consejo de Estado frente a las omisiones legislativas relativas es la sentencia con radicado 11001-03-25-000-2010-00058-000458-10, en la cual se demanda al Estado colombiano con el fin de declarar la ilegalidad y a la vez la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 2 del decreto 801 de 1992: norma que concede una prima de apoyo de vivienda a los Congresistas del país. El demandante asegura que el decreto reglamentario que es atacado tiene omisiones legislativas por cuanto la norma no es clara y deja por fuera de dicho beneficio a los congresistas que residen en la Bogotá, lugar donde el Congreso cumple con su mandato de legislar. Tomando en cuenta los argumentos del demandado, el Consejo de Estado decide declarar la nulidad por inconstitucionalidad de manera condicionada, hasta que sea el Poder Ejecutivo como encargado de regular dicho decreto, quien a su vez determine la interpretación de la norma<sup>328</sup>.

En esta misma sentencia el Consejo de Estado además de determinar la competencia de las omisiones legislativas las cuales sólo pueden darse siempre y cuando exista un conflicto de la norma demandada con la norma constitucional basándose en los criterios de la Corte Constitucional, considera que si no existe una norma constitucional que se mire afectada no habrá cabida a la nulidad por inconstitucionalidad sino más bien a la ilegalidad de la norma.

Empero, el Consejo de Estado amplía la idea de omisión legislativa, en tanto al analizar que es el Poder Ejecutivo quien se encargará en muchas ocasiones de dictaminar los decretos reglamentarios de algunas normas que así se estipulen y que no tengan reglamentación dentro de la misma, considera el Consejo que puede existir una omisión reglamentaria la cual se presenta en el momento cuando la Rama Ejecutiva por cuestiones de omisiones o exclusión no emite un reglamento, siendo ahí donde el Estado recae en una nueva omisión<sup>329</sup>.

---

<sup>328</sup> *Ibidem*.

<sup>329</sup> Consejo de Estado de Colombia, sentencia radicado 11001-03-25-000-2005-00231-009901-05, del 2 de Abril del año 2009.

En este sentido es posible observar que para el Consejo de Estado existe una omisión frente a cualquier órgano con competencia para legislar o reglamentar cualquier norma, aunque tal vez la omisión no contradiga la Constitución existe una falencia y por consiguiente una omisión; igualmente es válido determinar que para cuando el Consejo de Estado declara una nulidad por inconstitucionalidad su competencia es semejante al de la Corte Constitucional, sin olvidar que el Consejo tiene una perspectiva más amplia de la omisión como tal, aunque no siempre se declare la nulidad por inconstitucionalidad.

Habiendo determinado que el Consejo de Estado a través de su figura de nulidad por inconstitucionalidad y tomando los criterios de la Corte Constitucional asume competencia para conocer casos de omisión legislativa relativa, las sentencias que para estos casos dicta el Consejo son diferentes a las de la Corte, ya que el consejo asume una responsabilidad del Estado frente a la omisión. Tal es el caso de la demanda del 10 de enero del año 2003, donde la GOODYEAR de Colombia S.A., el accionante demanda al Estado por considerar que los artículos 56 y 57 de la Ley 633 del 2000, son inexecutable, justificando la demanda en una responsabilidad Estatal por la creación de la norma, por lo cual en el aparte sobre las consideraciones del Consejo de Estado, él propone que toda actuación u omisión que se dé por parte del Estado tiene una trascendencia y por consiguiente es el mismo estado quien debe de responder por estas. Así en el caso en concreto el Consejo de Estado y basándose en los considerandos, decide condenar al Estado por la responsabilidad de la norma<sup>330</sup>.

Para los intereses del presente estudio, es de gran valor resaltar esta sentencia por cuanto en ella el Consejo de Estado manifiesta que tanto la creación de las normas como la omisión de las mismas conllevan una responsabilidad Estatal: en tanto es el mismo Estado el encargado de proteger a los ciudadanos de las irregularidades de la creación u omisión de las mismas<sup>331</sup>.

Aquí es posible reconocer que para el Consejo de Estado, la falencia normativa, o sea en otras palabras la omisión legislativa, obviamente en su parte relativa, conlleva una responsabilidad Estatal la cual debe de ser sancionada dependiendo del daño causado.

---

<sup>330</sup> Consejo de Estado de Colombia, sentencia radicado 25000-23-26-000-2003-00175-0128.741 del 2014.

<sup>331</sup> *Ibidem*.

Para finalizar este breve análisis de la omisión legislativa dentro del Consejo de Estado de Colombia, se analiza la sentencia 52001-23-31-000-1995-3002-01(13002), caso en el cual se puede observar que aunque el Consejo de Estado sigue los lineamientos de la Corte Constitucional en los casos de las demandas por omisión, también ejerce un control sancionatorio frente al mismo. En el caso en concreto, el señor Oswaldo Patascoy con su representante demanda a la Nación y al Ministerio de Gobierno, por cuanto el demandante considera que existe una omisión legislativa frente a la regulación del artículo 39 de la Constitución Política de Colombia, mediante el cual debía desarrollarse la regulación del derecho sindical<sup>332</sup>.

Para poder resolver la demanda del caso el Consejo de Estado analiza dos situaciones, la primera bajo la Constitución Política de Colombia en donde se sobrentiende que frente a cualquier acción u omisión del Estado debe de existir una responsabilidad, la cual dependiendo del caso sería contractual o extracontractual; para el caso de las omisiones legislativas la Nación tiene una obligación para con las personas, por lo cual en este caso, cuando el Congreso no legisla se está configurando una omisión, la cual resulta siendo una responsabilidad extracontractual para la Nación.

Posteriormente y como segundo tema central, frente al análisis que se realiza de la responsabilidad, se examinan las omisiones legislativas en las cuales el Consejo de Estado considera la configuración de una omisión demandada: la Constitución y los constituyentes debían de haber sido más claros al momento de la redacción de la misma, determinando así términos perentorios para la reglamentación del artículo 39 constitucional, ya que éste no determina un tiempo específico para la regulación de la norma, motivo por el cual al no existir un tiempo determinado la omisión no se puede configurar; el legislador tiene libertad de legislar cuando considere pertinente, siempre y cuando no haya una exigencia de las Cortes, o una exigencia temporal: así las cosas, el Consejo de Estado considera que no se configura tal omisión por cuanto para que se presente una situación reprochable debe de existir una obligación en la cual el contenido no deje dudas, y no se haya satisfecho total o parcialmente lo solicitado en dicha obligación, motivo por el cual el fallo es desfavorable para el demandante<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> Consejo de Estado de Colombia, sentencia radicado 52001-23-31-000-1995-3002-0113002, del 1 de Noviembre del año 2001.

<sup>333</sup> *Ibidem*.



Finalizando con la perspectiva del Consejo de Estado, se puede sostener que si bien sus pronunciamientos frente a la omisión legislativa se basan en los criterios de la Corte Constitucional, es el Consejo de Estado quien tiene un criterio más amplio de la figura por cuanto como se pudo vislumbrar en la última sentencia analizada, el Consejo al igual que la Corte considera que si existe una exigencia Constitucional de legislar ésta debe ser clara y contar con un lapso de tiempo determinado, bien sea por el Constituyente o por la Corte; y en caso de incumplimiento esta falencia podría ser considerada como omisión, lo cual podría entenderse como una omisión absoluta, la cual podría conllevar una sanción al estado según las competencias del Consejo.

También es claro que es el mismo Consejo de Estado, como órgano de cierre frente a la jurisdicción administrativa, quien determina que el estado debe de ser responsable tanto frente a la regulación normativa como a la omisión de la misma, pero dejando en claro que para que exista dicha responsabilidad frente a las omisiones de regulación normativa, es la Constitución la que debe determinar de manera clara la misma. A la luz del presente estudio, se presenta aquí una incongruencia toda vez que como se había expuesto anteriormente, los cambios constitucionales en muchos casos se han llevado de manera abrupta y con el fin de no afectar la seguridad jurídica la creación constitucional no ha regulado de manera clara todo lo que debería de regular, y serían por tanto los Tribunales o Cortes encargados de proteger la norma de normas quienes deberían de pronunciarse frente a la protección del texto constitucional y toda la seguridad jurídica que del mismo se desprende.

### **3.5. Análisis de la inconstitucionalidad por omisión y la nulidad por inconstitucionalidad.**

Una vez revisadas las dos instituciones que en Colombia tienen la competencia para poder declarar la inconstitucionalidad de una norma, es preciso realizar un breve análisis de dichas instituciones; como se presentó previamente, cada una de las instituciones poseen competencias distintas, pero que en cierta medida pueden complementarse en la práctica y así lograr que los fallos de las omisiones posean una mayor trascendencia en el ordenamiento jurídico, siempre y cuando se eviten los famosos choques de trenes.

La inconstitucionalidad por omisión es un problema jurídico el cual le atribuye competencia a la Corte Constitucional de Colombia, teniendo en cuenta que la norma constitucional no creó la regulación de la figura: la misma se dio a través de su jurisprudencia; ésta forma de creación permitió a la Corte determinar el criterio bajo el cual se debe de entender la configuración de una omisión, y al mismo tiempo que ésta establezca su competencia y actuar frente a la misma, dejando así de lado la omisión legislativa absoluta y sólo centrado su estudio en la omisión legislativa relativa. Tomando en cuenta lo anterior, se puede inferir que el fin de esta figura es declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma que presente una omisión legislativa relativa, es decir que en la norma regulada excluya un grupo de personas sin justa causa. En caso contrario, es decir cuando la norma no es expulsada del ordenamiento jurídico, otras forma de solución serían: la interpretación de la norma como tal que se realiza por la alta Corte; o la exhortación que realice la Corte al legislador con el fin de complementar la norma para que la misma no sea declarada como inconstitucional.

Por otro lado se puede observar la figura de la nulidad por inconstitucionalidad, la cual a diferencia de la inconstitucionalidad por omisión, si fue prevista por el Constituyente, y por lo tanto se encuentra regulada en el mismo texto, atribuyéndole la competencia al Consejo de Estado, quien es el encargado de aplicarla. Esta figura como tal busca declarar la nulidad por inconstitucionalidad de algunos Decretos Reglamentarios frente a los cuales la Corte Constitucional no tiene competencia.

Como se ha logrado evidenciar a lo largo del presente estudio, el Consejo de Estado aplica esta figura en la omisión legislativa, aunque el criterio bajo el cual se estudia la misma es el creado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por ende la competencia del Consejo de Estado solo recae sobre la omisión legislativa relativa; el fin a este problema es declarar la ilegalidad de la norma demandada o la nulidad por inconstitucionalidad de la misma. Igualmente y teniendo en cuenta lo estudiado hasta aquí en el presente texto, se puede observar que el Consejo de Estado declara la ilegalidad y la nulidad por inconstitucionalidad de una omisión legislativa relativa, y paralelamente a la Corte Constitucional y en cumplimiento de sus funciones en los casos que se presenta una omisión, puede atribuirle la responsabilidad de la misma al Estado, lo cual puede conllevar sanciones aplicables

tanto para el Estado como los Legisladores<sup>334</sup>: castigos que por el contrario y hasta el momento, en sus varios pronunciamientos la Corte aún no ha realizado.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede decir que la omisión legislativa en Colombia se observa como un problema jurídico desde la perspectiva restringida, por cuanto fue la Corte Constitucional quien determinó que para la existencia de la misma, debe de haber un mandato constitucional, expreso tanto en la norma a legislar como en el tiempo para hacerlo, adicional a esto también la omisión por parte del legislador a dicho mandato, lo cual configuraría la lesión a la Constitución y por consiguiente al mandato como tal; pero para el caso de la omisión legislativa relativa en la cual la norma es imperfecta y se vulnera a cierto grupo de personas, la Corte Constitucional tiene competencia para conocer el caso, en cuanto la misma viola el derecho a la igualdad, y es la Corte la encargada de salvaguardar y proteger la Constitución y en especial la vulneración de los derechos fundamentales, motivo por el cual para el autor del presente estudio, y con la finalidad de que no se cause un daño irreparable, la vulneración al derecho a la igualdad se podría accionar al mismo tiempo, tanto por la demanda de inconstitucionalidad por omisión como por intermedio de una acción de tutela<sup>335</sup>, en la medida que dicha acción sirve para proteger los derechos fundamentales, y para el caso de la omisión legislativa relativa, el derecho vulnerado es el derecho a la igualdad, por consiguiente este derecho se debe de proteger de forma inmediata e individual con la acción de tutela, con el fin de evitar un daño irreparable; así la tutela protegería el derecho de manera individual

---

<sup>334</sup> Para el caso de la omisión legislativa, es muy importante tener en cuenta el debate que se origina frente a la responsabilidad del Estado, en tanto legisle o no legisle, ya que como se observó con anterioridad en el presente texto, es el mismo Wessel quien considera que al no existir un derecho no existe una vulneración, y por consiguiente se podría hablar de vulneración en la omisión legislativa relativa, mas no en la absoluta; concepto muy semejante al manejado en Colombia por autores como Oscar Javier Reyes en su texto “Precisiones acerca de la responsabilidad del Estado legislador en Colombia”, en cuanto considera que se puede hablar de vulneración, cuando el legislador ha hecho caso omiso a un mandato constitucional y por ende se vulneran los derechos de las personas con dicha omisión y así para que exista dicha vulneración, el mandato constitucional debe de ser claro y explicito, tanto con el tema que se debe de legislar, así como el tiempo en el cual se debe legislar, incluso el autor propone que dicho mandato constitucional debería contener la respectiva sanción en caso de que se determine la existencia de dicha omisión.

<sup>335</sup> La Constitución Política de Colombia de 1991, declara de forma expresa la aplicación directa de algunos derechos, entre los cuales encontramos el derecho a la igualdad, el cual puede accionarse por intermedio de la vía de tutela como mecanismo idóneo y ágil, ya que la acción de tutela cuenta con términos perentorios de resolución de hasta máximo 10 días hábiles; sin embargo esta herramienta, al contrario de la inconstitucionalidad, sólo protegería el derecho de manera individual y concreto, evitando la presencia de daños irreparables en tanto se da solución a la demanda de inconstitucionalidad. Frente al tema de la acción de tutela como un mecanismo de protección constitucional, el autor Manuel Fernando Quinche se ha pronunciado de manera repetida, por ejemplo en su texto *Vías de hecho, acción de tutela contra providencias*, en el cual explica a profundidad y de manera muy clara el proceso de la acción de tutela.

bajo términos perentorios, mientras se resuelve la demanda de inconstitucionalidad por omisión y el derecho vulnerado se protegería de manera general. Por otro lado, la Corte también debería de asumir competencia frente a la omisión legislativa absoluta, en la medida que ellos como guardianes supremos de la Constitución, frente a un caso de omisión absoluta, en el cual la norma suprema no haya determinado un tema y un lapso de tiempo razonable, para legislar la materia, serian ellos los competentes de determinar el tema y tiempo razonable de legislar un determinado tema, con el fin de poder brindar una mayor seguridad jurídica<sup>336</sup>.

Con todo lo anteriormente analizado se puede determinar que la inconstitucionalidad por omisión y la nulidad por inconstitucionalidad, son soluciones a la omisión legislativa, y estas acciones deberían de cumplir papeles complementarios. Por consiguiente las demandas frente a las omisiones legislativas deben de ser analizadas de manera simultánea tanto por el Consejo de Estado<sup>337</sup> y la Corte Constitucional<sup>338</sup>; es pertinente anotar en este punto que en los pronunciamientos existentes no se han presentado los llamados choques de trenes de estas altas Cortes, por cuanto la configuración de la omisión al igual que la competencia y actuación frente a la misma se trabajan bajo los parámetros que planteó en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y así por consiguiente, en los pronunciamientos de éstas se encuentran semejanzas; sin embargo al momento de tomar las decisiones estas deberían de complementarse brindando de este modo una mayor seguridad jurídica, y sanciones tanto a los legisladores como al Estado.

### **3.6. Análisis comparativo de la omisión legislativa en Ecuador – Colombia.**

Una vez revisada la figura de la omisión legislativa desde la doctrina y la jurisprudencia en el Estado colombiano, se procede a realizar un breve análisis de

---

<sup>336</sup> La sentencia C – 737 de 2001, expone que la Corte Constitucional se enfrenta a una demanda de inconstitucionalidad, frente a una norma que se encuentra viciada por procedibilidad, pero es la misma Corte quien determina que con el fin de no causar un daño superior, la norma emitida será constitucionalmente condicionada, hasta que el órgano legislativo en un plazo de tiempo determinado, regule nuevamente el tema de la norma demandada; por ende se puede observar que la Corte determina el tiempo y la materia de regulación, por lo cual se justificaría que sea la misma Corte quien frente a una omisión legislativa absoluta, pueda determinar la materia y el tiempo determinado de regulación.

<sup>337</sup> Quien podría determinar o no la responsabilidad del Estado, como máximo guardián del Derecho Público.

<sup>338</sup> Como ente encargado de proteger y salvaguardar la constitución, pero quien por competencia no podría determinar sanciones de responsabilidad al Estado.

dicha omisión legislativa comparando esta figura y su aplicación en el Estado ecuatoriano.

Es de anotar que a pesar de la cercanía de los dos países, el cambio constitucional ecuatoriano del año 2008, tiene ciertas particularidades que sólo se han plasmado en dicho texto, entre ellas se encuentran: la forma del Estado, los derechos de la naturaleza<sup>339</sup>, la creación de cinco poderes del Estado<sup>340</sup>, la normativización de la omisión legislativa y junto a esta ciertas disposiciones y régimen de transición que debían de cumplirse durante el cambio constitucional<sup>341</sup>.

### **3.6.1. Colombia un cambio constitucional en búsqueda de la paz, Ecuador un cambio constitucional en búsqueda de la estabilidad económica.**

Como se dejó claro previamente en éste capítulo, Colombia fue uno de los primeros países en realizar un cambio Constitucional en Latinoamérica durante el siglo XX, el cual fue promovido por algunos intereses sociales, que incluso estaban vinculados al proceso de paz que se había adelantado meses antes con el M-19: grupo armado ilegal que dejó las armas con el fin de poder convertirse en un partido político y así luchar por la justicia social desde el ámbito estatal<sup>342</sup>; lo que resultó en el proceso constituyente de 1991, y en la transformación del Estado colombiano hacia un Estado social de derecho.

---

<sup>339</sup> Los derechos de la naturaleza, son una singularidad que caracteriza el cambio constitucional ecuatoriano, en la medida que estos derechos se asignan a la naturaleza como un sujeto de derechos, por ende la naturaleza se convierte en una ficción jurídica, a quien se le debe de respetar sus derechos; por su parte, el autor del presente estudio recomienda la lectura de los textos de los autores: Julio Marcelo Prieto Méndez, *Derecho de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad*, y el texto de Ramiro Ávila Santamaría, “El derecho de la naturaleza: fundamentos”, en tanto son autores que analizan las formas como se puede favorecer la aplicación de tales derechos a nivel judicial, y la forma de hacer una reparación integral de los derechos de la naturaleza, con el fin de así poder restablecer la regeneración de los ciclos vitales.

<sup>340</sup> Existe una gran controversia frente al tema de la creación de los cinco poderes del Estado, por ejemplo Ávila, en su texto “De la utopía de Montecristi a la distopía de la revolución ciudadana”, considera que sólo existen tres poderes, y los dos nuevos poderes son simplemente instituciones estatales que funcionan a favor del Poder Ejecutivo.

<sup>341</sup> Dicho cambio constitucional recibió tanto halagos como críticas, dentro de estas se invita a revisar los textos de los siguientes autores, quienes realizan un análisis objetivo desde su ejercicio profesional y como grandes autores de renombre en el país ecuatoriano, ellos son: Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, “De la utopía de Montecristi a la distopía de la revolución ciudadana”; Enrique Herrería, “¿Revolución ciudadana o democracia plebiscitaria?”; Hernán Salgado Pesantes, “Democracia y participación política en un Estado social de derecho”, “¿Guardianes o sepultureros de la constitución del 2008?”; Salim Zaidán, “El paradigma del estado y democracia constitucionales en el Ecuador: una valoración crítica a partir de la perspectiva de Luigi Ferrajoli y Ramiro Ávila”; Agustín Grijalva, en su texto “Derechos humanos y democracia: complementariedades y tensiones”.

<sup>342</sup> [http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2014/11/La\\_constituyente\\_de\\_1991.pdf](http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2014/11/La_constituyente_de_1991.pdf).

Consultado: 1 de julio del 2017.

Por el contrario, Ecuador realizó su cambio Constitucional unos años después al ocurrido en Colombia, y así en el año de 1998, atendiendo a un llamado de las necesidades sociales, al giro aperturista y globalizador de la economía mundial, se realizó dicho cambio el cual estaba conforme con las ideologías neoliberales que se estaban implementando en Latinoamérica y el mundo; dando inicio a ciertas particularidades de las cuales algunas perduraron en su último cambio constitucional. Es así que la Constitución ecuatoriana de 1998, catalogó por primera vez a este país como pluricultural y multiétnico, lo cual conllevó al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos sobre los territorios ancestrales. Pero aun a pesar de dicha particularidad, entre los años 2006 y 2007 se presentó un gran problema económico en el Ecuador, el cual se acentuaba en el inconformismo por parte de la sociedad, en cuanto su modelo económico de los últimos 25 años se había basado en la economía empresarial, lo que conllevó a que los gobiernos fueran inestables y que cada día dicho modelo afectara más la económica interna del país; motivo por el cual para el año 2008, se originó una asamblea constituyente, que buscó finalizar con dichos problemas económicos brindándole una mayor participación en este aspecto al Estado: dicho proceso finalizó con la Constitución de la República del Ecuador del año 2008<sup>343</sup>.

Esto nos permite observar con claridad que aunque estos dos países son hermanos, el cambio constitucional de Colombia fue un cambio pionero en Suramérica en la normatividad constitucional, que en cierta medida conllevaba unos fines más sociales, y en si la búsqueda de un anhelo de paz; por el contrario los cambios constitucionales del Ecuador, se dieron en relación a ciertos problemas sociales en un sentido más económico, pero la innovación constitucional que se aplicó en su último cambio sobresa entre las constituciones de la región en tanto presenta algunas características específicas como: un estado social de derechos, pluricultural y jurídico; la naturaleza como un sujeto de derechos y la creación de cinco poderes estatales.

### **3.6.2. La omisión legislativa como norma constitucional y como creación jurisprudencial: el caso ecuatoriano y colombiano.**

Al abordar el cambio constitucional del Ecuador del año 2008, se puede decir que en dicha norma se regula por primera vez la omisión legislativa, figura a la cual

---

<sup>343</sup> Juan José Paz, “Visión histórica de las Constituciones de 1998 y 2008”, (en <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-449.html>). Consultado 7 de julio del 2017.

se le asigna un carácter de control negativo, conforme a lo observado en el primer capítulo del presente texto, y de acuerdo a la finalidad de dicho problema jurídico, en cuanto su principal solución es expulsar la norma imperfecta del ordenamiento jurídico<sup>344</sup>.

Así y conforme a lo observado en el primer capítulo en lo relacionado a la normativización de las omisiones, es el artículo 436 en su numeral 10 de la constitución ecuatoriana, el cual dispone la regulación de la omisión legislativa, siendo complementado por el Capítulo IX<sup>345</sup> de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Dicha regulación, en particular el artículo constitucional 436 y su numeral 10, al igual que el Estado constitucional de derechos, ha sido objeto de críticas como la de Alarcón, quien propone:

Se reconoce en el artículo 436, numeral 10 de la Constitución del Ecuador, la figura de la inconstitucionalidad por omisión, quizás el elemento más controversial en manos de la justicia constitucional y generador del tradicional debate derechos vs democracia. En este caso, la Corte Constitucional cuando una autoridad pública inobserve en forma total o parcial los mandatos contenidos en normas constitucionales, está facultado en primer término, para conminar al cumplimiento, y segundo, si este

---

<sup>344</sup> Alex Iván Valle Franco, “Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia No. 001-1L-SIO-CC (caso No. 0005-10-IO9)”, (en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2898/1/10-Jurisprudencia.pdf>), 148. Consultado: 7 de julio del 2017.

<sup>345</sup> Artículo 128.- Alcance: El control abstracto de constitucionalidad comprende el examen de las omisiones normativas, cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales. Este control se sujetará al régimen general de competencia y procedimiento del control abstracto de constitucionalidad.

Artículo 129.- Efecto de las omisiones normativas: Las omisiones normativas tendrán los siguientes efectos:

1. En el caso de las omisiones normativas absolutas, se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia.
2. En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada.  
El control sobre las omisiones normativas relativas comprende la determinación y la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios, cuando la disposición jurídica omita hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión.

Artículo 130: Sentencias de constitucionalidad diferida para evitar la omisión normativa: cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca una omisión normativa que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.

persiste, puede incluso redactar de manera temporal la disposición normativa<sup>346</sup>.

Revisando la crítica de este autor y la normativa por intermedio de la cual se ha regulado la omisión legislativa, se puede determinar que: el compendio normativo que regula la omisión legislativa, bajo ciertos parámetros permite suplir el Poder Legislativo, en manos del Poder Judicial, en la medida que bajo la existencia de una omisión legislativa absoluta sería la misma Corte Constitucional la competente de regular dicha norma; es necesario recordar aquí que autores como Sagüés critican que dicha competencia recaiga sobre un órgano judicial, en cuanto existen aspectos técnicos, políticos y funcionales<sup>347</sup>, que se deben de respetar y por consiguiente es imposible que un órgano jurisdiccional pueda legislar. Por otro lado, bajo el precepto de la existencia de una omisión legislativa relativa, el fin de la norma es evitar en la mayor medida la expulsión de la norma viciada del ordenamiento jurídico, y así por consiguiente la Corte tendría la posibilidad de dictar sentencias de constitucionalidad condicionada con el fin de impedir la perturbación y la exclusión arbitraria de cierto grupo de personas. Por último la norma también determina las sentencias de constitucionalidad diferida como posibles soluciones a las omisiones legislativas, sentencias que evitarán la expulsión inmediata de la norma, agravando el problema en sí y en cierta medida protegiendo el derecho a la seguridad jurídica, como derecho constitucional de la norma ecuatoriana.

Por el contrario al caso ecuatoriano, en el caso colombiano, el cambio constitucional no tuvo presente la figura de la omisión legislativa, por lo cual fue la misma Corte Constitucional la que determinó como debería de ser entendido y tratado dicho problema jurídico, y así es de recordar que mediante la sentencia C - 543<sup>348</sup> fue este mismo órgano de cierre quien determinó que el problema de la omisión legislativa es el incumplimiento por parte del legislador de un mandato constitucional, o la creación de una norma imperfecta, la cual sin motivo razonable coarta de ciertos derechos a un grupo determinado de personas, determinándose así la misma Corte competencia sólo para poder conocer de los casos de omisiones legislativas relativas, postura que se mantiene vigente actualmente, y la cual es diferente a la normatividad ecuatoriana en la medida que la misma le otorga

---

<sup>346</sup> Pablo Alarcón Peña, “El estado Constitucional de derechos y las garantías constitucionales”, (en Jorge Benavides y Jhoel Escudero, coordinadores, Manual de justicia constitucional ecuatoriano, cuadernos de trabajo, V&M Graficas, Quito, 2013), 105.

<sup>347</sup> Pedro Sagüés, “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión...”, 75-77

<sup>348</sup> Corte Constitucional de Colombia Sentencia C – 543 de 1996.



competencia a dicha Corte para poder conocer los casos de omisiones tanto absolutas como relativas. Teniendo en cuenta todo lo anterior se puede concluir en este punto que en cuanto a la competencia para poder solucionar el problema de las omisiones legislativas, tiene una mayor eficacia la norma constitucional ecuatoriana, que la creación de la regulación jurisprudencial colombiana, ya que la Corte Constitucional ecuatoriana es la única institución con competencia para conocer los casos de omisiones legislativas tanto absolutas como relativas, al contrario del caso colombiano, donde sólo se trabajan las demandas de omisión legislativa relativa, y dependiendo de la norma demandada la competencia puede recaer sobre la Corte Constitucional o en el Consejo de Estado (decretos reglamentarios expedidos por el Ejecutivo).

### **3.6.3. La omisión legislativa en la jurisprudencia ecuatoriana y colombiana.**

Como se acabó de observar, existe una gran diferencia al momento de hablar sobre omisión legislativa en estos dos países, ya que en el caso ecuatoriano la norma que regula la solución a este problema es una norma clara que permitiría adelantarse a los resultados jurisprudenciales; por el contrario en el caso colombiano y conforme a lo ya analizado, la jurisprudencia ha determinado que la Corte tenga un criterio que puede variar en el sentido que no existe norma que regule la misma.

Es así como ahora se centrará el presente estudio en la revisión de algunas de las más emblemáticas sentencias que la Corte Constitucional del Ecuador ha dictado en materia de omisiones legislativas, sentencias que permiten observar que en cierta medida la aplicación de la norma no ha sido en el estricto sentido del texto constitucional y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El primer pronunciamiento que se dio frente a las omisiones legislativas en la jurisprudencia ecuatoriana, no está relacionado con una demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa, pero la Corte intentó implementar un precedente frente al tema: se trata de la sentencia interpretativa 0001-09-SIC-CC, en donde la señora Lourdes Tibán, como miembro de la Asamblea Nacional, argumenta como imposible que dicho órgano cumpla con las disposiciones transitorias del numeral primero, en el cual se ordena que este órgano debe de legislar en menos de 360 días un determinado número de Leyes en ciertos temas específicos que se determinan en dicho numeral, por cuanto en el momento de interponer la demanda,

sólo faltan menos de 5 días para el vencimiento de dichos términos y únicamente se han cumplido con cuatro proyectos de Ley de todos los expresos en la norma transitoria. Así la demandante consulta a la Corte Constitucional, si el vencimiento de dicho termino y el no ejercicio legislativo sobre las materias faltantes viciaría de inconstitucional el posterior ejercicio legislativo.

La Corte da respuesta a la peticionara bajo el criterio que si bien es cierto que el tiempo de legislar ha fenecido, es verdad que la naturaleza del órgano es de legislar, por consiguiente dicha competencia no caduca, además si bien se extinguió el tiempo de las disposiciones transitorias, sería imposible invocar las mismas en espera de efectos materiales<sup>349</sup>.

Otro caso que llama la atención para el presente estudio, es el de la Sentencia No. 001-10-SIN-CC, caso en el cual un grupo de personas demandan a la Comisión Legislativa y de Fiscalización, Procurador General del Estado y el Ejecutivo, en cuanto consideran que existe una clara violación por parte de la Ley minera del Ecuador, en el sentido que la misma vulnera derechos constitucionales que se plasmaron en pro de la consulta previa y los derechos de las naciones indígenas, motivo por el cual demandan la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma. En su momento la Corte Constitucional del Ecuador, determina que existe una carencia de regulación legal infra constitucional previa la realización de la consulta pre-legislativa prevista y garantizada en la Constitución, por lo cual la Corte determina declarar la inconstitucionalidad condicionada de ciertos artículos de la Ley de Minería, que impida la vulneración de tales derechos constitucionales<sup>350</sup>.

En estos dos pronunciamientos se observa que existe un claro concepto de la Corte Constitucional ecuatoriana, los cuales se encontraban en conformidad con el aspecto normativo que se plasmó para las soluciones de las omisiones legislativas, por consiguiente las omisiones legislativas absolutas surgen a través del vencimiento de las disposiciones transitorias, y a pesar que el tiempo se extinguiera y no se cumpliera con las mismas, éste hecho no sería determinante para solicitar una materialización de inconstitucionalidad de las mismas, ni tampoco una desconfiguración de la naturaleza legislativa, por cuanto el mandato constitucional del legislador consta en la creación de la norma; por otro lado frente a las omisiones legislativas relativas, se observa que la Corte considera que en casos de existir una

---

<sup>349</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Interpretativa No. 0001- 09-SIC-CC

<sup>350</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0001- 10-SIC-CC

vulneración a los derechos constitucionales como tal, de manera indiscriminada, la Corte simplemente dictaría una sentencia de constitucionalidad condicionada la cual no expulsaría la norma del ordenamiento, permitiendo así que dichas arbitrariedades sean subsanadas y brindando así una mayor seguridad jurídica.

Por ende la Corte Constitucional ecuatoriana, tenía los criterios claros de cómo se trabajarían las omisiones legislativas tanto absolutas como relativas, hasta su pronunciamiento de la sentencia de inconstitucionalidad por omisión No. 0001-13-SIC-CC, en la cual sentó un nuevo precedente que se mantiene hasta hoy en día, y contraría el concepto normativo de omisión legislativa absoluta. En el caso en concreto, un ciudadano que ejerce la profesión de docente demanda la norma transitoria vigésimo primera, en el sentido que durante el tiempo de transición de las normas, se miró afectado ciertos derechos de los ciudadanos que durante dicho periodo transitorio estaban realizando sus trámites de jubilación como docentes, por cuanto la nueva norma como la antigua no regulaban el tiempo de transición entre las constituciones. Es así como la Corte Constitucional ecuatoriana determina que para la existencia de una omisión legislativa deben de incurrir cuatro elementos esenciales que permitirían hablar de la configuración de dicha inconsistencia: el primero de ellos es la exigencia constitucional para que el legislador actuara de manera positiva, un segundo es la abstención del legislador frente a dicho mandato constitucional, el tercero es la generación del fraude constitucional en el transcurso del tiempo y un cuarto y último elemento es la ineficacia de la voluntad constituyente. Teniendo en cuenta lo anterior es la misma Corte ecuatoriana la que llega a determinar que frente al caso en concreto y durante el periodo de transición, el Poder Ejecutivo dictaminó el Decreto Ejecutivo No. 1127, el cual no permitió que existiera una omisión legislativa durante dicho periodo<sup>351</sup>.

Con todo lo anterior se observa de manera clara que en el caso ecuatoriano, si bien es cierto existe una norma constitucional que regula la omisión legislativa, y además de la misma una Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que explican la forma de proceder en caso de cada uno de los tipos de omisión, la Corte Constitucional del Ecuador, a través de sus pronunciamientos, se apartó en cierta medida de dicha norma, por lo cual se puede hablar de dos instantes de los pronunciamientos de la Corte: el primer momento en el cual la Corte no se

---

<sup>351</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia de inconstitucionalidad por omisión No. 0001- 13-SIC-CC

aleja de la norma y la Ley, permitiendo que el proceder de solucionar dicho problema sea conforme a lo regulado, en el sentido que se determina la omisión legislativa absoluta como el incumplimiento del mandato constitucional de la norma, y la omisión legislativa relativa como una norma irregular; así y en ese orden de ideas la Corte determinó que para el caso de las omisiones legislativas absolutas, la obligación y naturaleza legislativa no puede fenecer, y por ende la expedición de una norma por fuera de tiempo no puede conllevar errores de forma; por el contrario en caso de encontrarse frente a una omisión legislativa relativa fue la misma Corte la que determinó que para no agravar el problema jurídico de una norma incompleta a la carencia total de la norma, dicho problema debería de ser resuelto por intermedio de una sentencia que condicionara la constitucionalidad de la norma al cumplimiento total de lo requerido. En este primer momento se observa con claridad que la Corte Constitucional ecuatoriana no se apartaba de la norma constitucional y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Pero la Corte posteriormente en un segundo momento de pronunciamientos sobre la omisión legislativa, transforma su buen trabajo y en cierta medida se aleja de la norma constitucional y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y así determina que la omisión legislativa se presenta bajo la concurrencia de estos cuatro elementos: 1. La exigencia constitucional para que el legislador actúe de manera positiva, 2. La abstención del legislador frente al mandato constitucional, 3. Fraude constitucional en el transcurso del tiempo, 4. Ineficacia de la voluntad constituyente; elementos que según críticas de algunos autores como Ávila, Salgado, Zaidán y Herrera<sup>352</sup>, permitían que sea la misma Corte la que desconfigure la división de poderes y así legitimara la tarea legislativa en otras instituciones o incluso en otros poderes; este último criterio es el que la Corte Constitucional del Ecuador mantiene hasta hoy en día.

Al contrario del caso ecuatoriano, en Colombia es posible observar que la ausencia de una norma constitucional permitió que fuese la misma Corte Constitucional la que determinara cómo se debe de entender la figura de la omisión legislativa, por tal razón y teniendo en cuenta los apartados previos, la Corte se basó en los preceptos más clásicos del planteamiento del problema jurídico de la omisión, y en este sentido se consideró que la omisión legislativa absoluta es la ausencia total

---

<sup>352</sup> Se recomienda al lector revisar los textos que se nombran en el pie de página numero 341.

de la creación de una norma ordenada a través de un mandato constitucional; por otro lado la omisión legislativa relativa es la norma incompleta que desfavorece a cierto grupo de personas. En esta perspectiva es la misma Corte la que determina que su competencia sólo puede recaer frente a las omisiones legislativas relativas, por cuanto existe una norma que vulnera el principio y derecho constitucional a la igualdad, al contrario en la omisión legislativa absoluta no existe una norma y por consiguiente no se presenta una vulneración a un derecho en concreto; por este motivo la Corte considera que la omisión legislativa relativa puede ocurrir bajo la existencia de cualquiera de los siguientes hechos: 1. La expedición de una norma que favorece a un grupo determinado de personas perjudicando a otros, 2. La adopción de un precepto que excluye expresa o tácitamente a un grupo de personas, 3. Cuando se regula una institución y la misma omite un elemento esencial exigido por la constitución; así entendiendo que en cualquiera de los tres casos se puede estar presentando una omisión legislativa relativa, la misma podrá ser juzgada como inconstitucional siempre y cuando se pueda observar en la norma demanda: A) la existencia de una norma de la cual se pueda predicar la inconstitucionalidad, B) la exclusión de un grupo de personas, C) la falta de razón o motivos de dicha exclusión, D) una desigualdad negativa, que se entiende como la vulneración al derecho a la igualdad, E) un deber impuesto al legislador de carácter constitucional frente a las situaciones y sujetos y por ende la omisión de dicha regulación del legislador frente al tema, F) que la omisión emerja a primera vista, G) si se está ante una norma completa, coherente y suficiente que regule situaciones distintas a la ordenada.

En claro todo lo anterior se puede observar que en comparación para el caso ecuatoriano, la Corte inició con un buen trabajo sobre el tema de la omisión legislativa, en el sentido que la norma era lo suficientemente clara sobre la forma de cómo se debía de solucionar dicho problema jurídico, postura que la misma Corte cambió y por ende le adicionó unos supuestos de ocurrencia que en cierta manera desconfiguran la norma de la omisión legislativa, haciendo sancionable dicho problema sólo a los legisladores y dejando de lado a los funcionarios e instituciones públicas, y esta transgresión a la norma por la vía jurisprudencial incluso permite otorgar funciones legislativas a otras instituciones y poderes del Estado, reconociendo así su competencia para actuar tanto en una omisión legislativa absoluta como relativa. Por el contrario en el caso colombiano, la Corte ha sido clara de mantener su postura, en cuanto sólo es competente para conocer las omisiones

legislativas relativas, en el sentido que existe una actuación que vulnera el derecho a la igualdad, inconstitucionalidad que no se puede realizar sobre las omisiones legislativa absolutas en el sentido de que no existe un actuar sobre el cual pueda recaer un control. A pesar de las diferencias existentes a nivel jurisprudencial, lo que se observa en el trabajo de estas dos Cortes es que con el fin de no agravar el problema que se puede presentar frente a una norma incompleta, la mejor solución para el mismo no es la expulsión de la norma, si no la constitucionalidad condicionada de la misma, para que así el legislador subsane los errores normativos. Es necesario recordar en este punto que en el caso colombiano, las omisiones legislativas relativas pueden ser conocidas tanto por la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, ya que es este último sobre quien recae la competencia para realizar el control de constitucionalidad frente a ciertos Decretos Reglamentarios expedidos por el Poder Ejecutivo; caso contrario a la normatividad ecuatoriana en donde su Corte Constitucional conoce tanto las omisiones legislativas absolutas y relativas, e incluso según su norma la omisión se observa desde una perspectiva amplia en el sentido que la misma no sólo puede recaer sobre un órgano legislativo, si no también sobre un funcionario o institución pública.

Por último y para finalizar el presente estudio se determina que el tema de las omisiones legislativas es un tópico mucho más complejo de lo que parece, por cuanto como se observó desde un principio, su estudio y control puede darse desde aspectos tanto jurídicos como políticos, y aun así sólo se espera que las Cortes o Tribunales Constitucionales y en el caso colombiano también el Consejo de Estado como guardianes constitucionales tomen las mejores decisiones frente al tema, evitando convertir sus decisiones en un elemento burocrático que beneficie a los ideales políticos de turno.

## CONCLUSIONES.

La supremacía constitucional busca que por intermedio del control de constitucionalidad se brinde seguridad jurídica en el ordenamiento, pero este control se desarrolla bien sea sobre una acción o una omisión, siempre y cuando exista el mandato constitucional que determine como se debe de actuar frente a la omisión (omisión legislativa absoluta), de lo contrario dicho tema debería de ser tratado más que a nivel jurídico a nivel Político. Por el contrario, en el control que se da frente a la actividad legislativa y su desarrollo imperfecto en el que se excluye sin motivo alguno a un grupo de personas de la norma como tal (omisión legislativa relativa), se puede hablar del control jurídico de constitucionalidad frente a la norma existente, por cuanto se está ante una vulneración del derecho a la igualdad. Por ende es necesario clasificar la omisión, revisar la norma constitucional y así determinar si el control que se debe de dar a la omisión es de carácter jurídico o político.

Históricamente hablando, la omisión legislativa es un problema jurídico cuya creación se atribuye en la doctrina del alemán Wessel en el año de 1952; posteriormente y cerca de veinte años después, dicha figura pasó a ser parte de la jurisprudencia alemana e italiana, esto por cuanto en la década del setenta (1970) se dieron los primeros laudos judiciales de esta figura en los respectivos Tribunales de estos países. Por último, se puede decir que dicha figura fue regulada por primera vez en la Constitución de la República Socialista Federal de Yugoslavia, en el año de 1974. Por consiguiente se puede concluir que la omisión legislativa, es un problema jurídico que tuvo su origen a nivel doctrinal, posteriormente se revisó a nivel judicial y finalmente se dio su normativización.

Fue el mismo Wessel, quien al momento de crear la omisión legislativa la clasificó en dos tipos: la omisión legislativa absoluta, y la omisión legislativa relativa. La omisión legislativa absoluta es aquella en la cual existe la ausencia total de la norma, al respecto Wessel determina que al momento de no existir la norma hay una ausencia de lesión del derecho y por consiguiente este tipo de omisión es cuestión más del ámbito político que jurídico. Por otro lado, la omisión legislativa relativa es aquella en la cual la norma existe, pero ésta excluye sin motivo alguno a cierto grupo de personas, lo cual afecta su constitucionalidad como tal, en la medida que se vulnera el derecho a la igualdad. Así se puede entender que la omisión legislativa según su clasificación se puede entender como un problema jurídico, o

también como un problema político, y así en este sentido se puede observar que la diferencia entre este tipo de clasificaciones se determina a partir de la vulneración de la Constitución (omisión legislativa absoluta), o del derecho a la igualdad (omisión legislativa relativa), derecho que por lo general se encuentra como derecho fundamental.

La forma como clasificó Wessel a las omisiones legislativas, no ha sido impedimento para que algunos autores, Tribunales y Cortes realicen algunas clasificaciones, las cuales al observarse detenidamente pueden ser valoradas como sub tipos de las mismas, por cuanto toman elementos de las clasificaciones del alemán, pero determinan la omisión a un nivel de competencias y causas. Sin embargo, una de las sub clasificaciones que debería considerarse importante resaltar y que se ha dejado de lado es la del italiano Trocker, quien considera que las omisiones legislativas también podrían ser catalogadas como omisiones puras e impuras; y en este sentido las omisiones legislativas puras serían aquellas que se presentan cuando existe el mandato constitucional pero nunca ha existido regulación sobre el tema, por el contrario, las omisiones legislativas impuras, serían aquellas en las que no existe norma válida, infiriendo que el tema fue regulado con anterioridad. Todo lo anterior nos permite inferir que aunque se realicen otras sub clasificaciones, estas también deberán ser sometidas al control constitucional o al control político.

A pesar que no existe un criterio de unanimidad frente a la omisión legislativa absoluta, se puede determinar que la misma se presenta en la concurrencia de dos características principales: el mandato constitucional que obliga al legislador a cumplir con el deber de legislar, y una segunda característica de exigibilidad, bajo una presunción de temporalidad dentro de la cual se debe legislar. En este sentido se puede concluir que la omisión legislativa absoluta es la inactividad del legislador de cumplir con el mandato constitucional de legislar dentro del tiempo determinado, y por consiguiente se vulnera la Constitución como tal, y no un derecho en específico, tal cual como lo hace la omisión legislativa relativa.

Dentro del estudio de las diferencias existentes entre lagunas jurídicas y omisiones legislativas, se puede concluir que el más importante hasta el momento es el realizado por el italiano Mortati, estudio del cual es posible extraer que: las lagunas jurídicas son la carencia de regulación que el legislador no consideró dentro de un tema determinado, éstas se pueden producir de manera involuntaria, y es posible resolverlas con la interpretación normativa que llene el vacío jurídico



existente; por el contrario la omisión legislativa se puede entender como la inactividad del legislador, considerándose como un acto voluntario del mismo, el cual se resuelve con una sentencia que por lo general busca la inconstitucionalidad de la norma (es pertinente aclarar en este punto, que el estudio del italiano, no profundiza en los tipos de omisiones legislativas, por lo cual se debe recordar que la existencia de la vulneración de la norma en la omisión legislativa absoluta, se relaciona con la presencia de un mandato constitucional lo suficientemente claro y completo, que en caso de incumplimiento la responsabilidad podría ser considerada como una responsabilidad de control político, mas no jurídico en la medida de la ausencia de un derecho como tal). Así bajo estos tres puntos de diferenciación se entiende que las lagunas y la omisión son problemas jurídicos diferentes y por ende con soluciones y fines distintos, lo que conlleva a que estos no deben ser considerados más como sinónimos.

En el caso ecuatoriano, se observa de una manera clara que si bien es cierto la omisión legislativa se desarrolló normativamente en su texto constitucional, es la misma Corte Constitucional la cual mediante su sentencia No. 0001- 13-SIC-CC, ha dejado en claro ciertos parámetros que entrarían en conflicto con la norma constitucional como tal, por lo cual es necesario que al igual que la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Constitucional del Ecuador, revise de manera detenida los criterios normativos, y así la jurisprudencia frente al tema no entre en conflicto con la norma, permitiendo que dicha institución recupere la credibilidad que ha perdido en algún momento, por cuanto autores como Ávila, Salgado, Zaidán, considera que ésta es una Corte completamente burocrática que se pronuncia con el fin de beneficiar al Poder Ejecutivo, viciando su imparcialidad e independencia.

En el caso en concreto de estudio, Colombia se determina por la Constitución Política de 1991 como un Estado Social de Derecho, norma que no reguló de forma directa la omisión legislativa, pero determinó la estructura interna bajo la tripartición de poderes, teniendo así su división en las tres Ramas: la Ejecutiva, la Legislativa y la Judicial; es el mismo texto constitucional el cual determina la creación de las normas bajo la competencia de la Rama Legislativa, y a la vez de manera excepcional sobre la Rama Ejecutiva, quien regula ciertos decretos reglamentarios; así la creación de dichas normas debe ser controlada por las distintas instituciones de la Rama Judicial, la cual determina que por intermedio de la acción de inconstitucionalidad será la Corte Constitucional quien realice el control de las

normas generales, y por intermedio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad será el Consejo de Estado quien realice el control de los Decretos Reglamentarios expedidos por el Poder Ejecutivo. Teniendo clara la competencia legislativa, sus controles, y entendiendo que la omisión legislativa no fue regulada en la Constitución, sino bajo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se puede concluir que tanto la inconstitucionalidad por omisión, como la nulidad por inconstitucionalidad, son soluciones al problema jurídico de la omisión legislativa, las cuales deberían de concurrir al momento de tomar una decisión con el fin de determinar las responsabilidades tanto Estatales como la de los legisladores, en la medida que exista la vulneración del derecho o que se le pueda atribuir una responsabilidad extracontractual al Estado.

El fin con el cual se creó la omisión legislativa es declarar la inconstitucionalidad de la norma, pero ésta inconstitucionalidad sólo aplica en la norma imperfecta que vulnera el derecho a la igualdad sin razón alguna (omisión legislativa relativa), por cuanto al momento de no existir una norma, no se puede hablar de la vulneración de un derecho y por ende el control de dicha omisión (omisión legislativa absoluta) sería un control de índole político a la labor del legislador; por el contrario y como se deja claro al inicio de este párrafo, la norma imperfecta busca determinar la responsabilidad de la acción que discrimina sin razón alguna a un grupo de personas; pero la solución al problema de declarar la inconstitucionalidad de la norma incompleta terminaría agravándolo, motivo por el cual se ha requerido crear otro tipo de sentencias que no expulsen a la norma del ordenamiento jurídico evitando así afectar la seguridad jurídica; los primeros ejemplos de estas sentencias se encuentran en Europa, donde se empezó a darle solución al problema jurídico de la omisión legislativa a partir de varios tipos de sentencias, como lo son las desestimatorias, las manipulativas y las aditivas monito. Igualmente en Latinoamérica la omisión legislativa se ha resuelto a nivel de sentencias: como las que declaran la inconstitucionalidad de la norma sin decretar la nulidad, las apelativas, las aditivas y las interpretativas; pero además de este tipo de sentencias también se ha propuesto resolver la omisión legislativa por intermedio de los métodos de interpretación, el juez como legislador precario y el traslado de competencias no ejercidas a otros órganos.

En el caso concreto de Colombia, la omisión legislativa se ha trabajado a partir de sentencias como: la exhortativa, la interpretativa condicionada,

interpretativa no restrictiva, integradoras aditivas, integradoras, sentencias que declaran la constitucionalidad temporal de la norma, aditivas prestacionales y sentencias con recomendaciones al legislador.

Por tanto, se puede concluir que estas formas de resolver las omisiones legislativas, se han creado con el fin de evitar que la norma sea expulsada del ordenamiento jurídico, en cuanto las omisiones legislativas absolutas se entienden bajo el criterio de la existencia del mandato constitucional, en el cual se determina el tiempo que el legislador tiene para actuar, y así en la medida que existe dicho mandato, el incumplimiento del mismo mandato podría ser parte de un control político a la labor del legislador; por el contrario en la omisión legislativa relativa existe una norma imperfecta, la cual viola de manera directa el derecho a la igualdad, y por ende la misma debería de ser declarada inconstitucional, pero estas otras formas de resolución de las omisiones permiten evitar la expulsión de la norma y evitan así agravar más el problema jurídico.

#### 4. ANEXO 1

País	Órgano que comete la omisión.	Órgano que declara la omisión legislativa.	Consecuencias.
Ex Republica de Yugoslavia.	Cualquier órgano competente de legislar sobre un tema específico.	Tribunal de garantías constitucional.	Sólo se hace conocer el vicio normativo al órgano legislador. No se declara una inconstitucionalidad por omisión legislativa.
Portugal.	Legisladores.	Tribunal constitucional.	Puede declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, o puede invitar al legislador a regular el tema omitido.
México.	Legisladores.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Quintana Roo: tribunal superior de justicia.</li> <li>2. Coahuila: tribunal superior de justicia.</li> <li>3. Veracruz: tribunal superior de justicia.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. En el caso de Quintana Roo, se declara la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, y se determina un plazo para que se legisle el tema.</li> <li>2. En el caso de Coahuila, se determina la inconstitucionalidad por omisión, pero a la vez se determina un plazo y los lineamientos para que se legisle el tema.</li> <li>3. Se declara la omisión legislativa, y se determina un periodo de tiempo para que se subsanen este inconveniente, de lo contrario será el órgano judicial quien determine la base de la norma, hasta que se expida la misma.</li> </ol>

		4. Chiapas: sala superior de justicia.	4. En el caso de Chiapas, se determina la inconstitucionalidad de la norma omitida, posteriormente se da un plazo para la subsanación de la misma, y en caso que esta no se emita, es la sala superior de justicia, quien legisla sobre el tema.
Brasil.	Legisladores u órgano administrativo competente para legislar.	Tribunal constitucional.	Se declara la inconstitucionalidad de la omisión legislativa y a la vez se determina un plazo razonable para que se legisle sobre el tema, tratándose de un órgano administrativo, el plazo será de un máximo de treinta (30) días.
Venezuela.	Poder Legislativo, Estatal, Nacional o Municipal.	Sala constitucional del tribunal supremo de justicia.	Se declara la inconstitucionalidad por omisión legislativa de la norma, pero se determina el plazo y los lineamientos de cómo debe de desarrollarse la norma.
Ecuador.	Legisladores.	Corte constitucional.	Se declara la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, se determina un plazo para la legislación de la misma, y en caso de lo contrario y se haga caso omiso por parte del legislador, es la corte constitucional quien legisla el tema.
Argentina.	Legisladores.	Superior tribunal de justicia – Provincia de Rio Negro.	Se declara la inconstitucionalidad de una omisión legislativa, se otorga un plazo para que se legisle sobre el tema, y en caso contrario, si existe alguien quien se mire afectado por dicha

			omisión, podría solicitar los resarcimientos económicos por las afectaciones que se hayan presentado. <sup>353</sup>
--	--	--	--

---

<sup>353</sup> Este cuadro comparativo se realizó con respecto al texto de Laura Rangel, “La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad por omisión legislativa: modalidad y efectos. Estudio preliminar”..., 189-192.

## Bibliografía.

Alarcón Peña, Pablo, “El estado Constitucional de derechos y las garantías constitucionales”, en Jorge Benavides y Jhoel Escudero, coordinadores, Manual de justicia constitucional ecuatoriano, cuadernos de trabajo, Quito, V&M Graficas, 2013.

Aragón, Manuel. *Constitución y democracia*, Madrid: Tecnos, 1989.

Arboleda, Anderson. *Diccionario Jurídico Colombiano*, en <http://www.monografias.com/trabajos82/diccionario-juridico-colombiano/diccionario-juridico-colombiano2.shtml>. Consultado: 7 de abril del 2015.

Astudillo, César. “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa en México”, en Víctor Bazán, coord., Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo, Tomo II, Buenos Aires: Chamorro Impresiones, 2010.

Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, 2006.

Avalos, Sofía. “La inconstitucionalidad por omisión legislativa. Su tutela en el derecho mexicano”, En Suprema Corte de Justicia de la Nación, en [http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Attachments/1/Becarios\\_001.pdf](http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Attachments/1/Becarios_001.pdf). Consultado: 16 de septiembre del 2014.

Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila, Constitución del 2008 en el contexto Andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado, en Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Serie Justicia y Sociedad No.3 V&M Gráficas, 2008.

-----, “El derecho de la naturaleza: fundamentos”, en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1087/1/%C3%81vila-%20CON001-El%20derecho%20de%20la%20naturaleza-s.pdf>. Consultado: 7 de julio del 2017.

- , “De la utopía de Montecristi a la distopía de la revolución ciudadana”. En <http://correismo.wixsite.com/elcorreismoal desnudo/ramiroavila>. Consultado: 7 de julio del 2017.
- Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenientes. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Colombia: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.
- Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*, Bogotá: editorial Temis, 1987.
- Bulnes, Luz. “La inconstitucionalidad por omisión”, en Humberto Nogueira Dir., *Estudios Constitucionales – revista semestral del centro de estudios constitucionales*, Chile: editorial librotécnica, 2006.
- Bulygin, Eugenio. “Los Jueces ¿crean derecho?”, en [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529789055928540035/isonomia18/isonomia18\\_01.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529789055928540035/isonomia18/isonomia18_01.pdf). Consultado: 19 de enero del 2015.
- Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- Casal, Jesús. “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, en Jan Woischnik, Dir., *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano 2003*, Uruguay: Konrad – adenauer, 2003.
- Castro Patiño, Iván, *La inconstitucionalidad por omisión: una reforma necesaria en la constitución ecuatoriana*, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27230.pdf>. Consultado: 2 de diciembre del 2014.
- Chiassoni, Pierluigi. “Lagunas en el derecho, proyecto de voz para un vademécum jurídico”, en Paolo Comanducci, compi., *Análisis y derecho*, México: Ediciones Coyoacán, 2004.
- Cossío, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Buenos Aires: imprenta universidad nacional del litoral, 1941.
- Díaz Gamboa, Luis Bernardo, “La inconstitucionalidad por omisión. Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los



- Derechos Humanos”, Revista Iusta # 28 – enero- junio, 2008, Universidad Santo Tomas, Bogotá, 2008.
- Escobar, Claudia. “El rol de las reglas en la era de los principios”, en Escobar Claudia, teoría y práctica de la justicia constitucional, Quito: ministerio de justicia y derechos humanos, 2010.
- Eto Cruz, Gerardo. “Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión”, en Juan Vega Gómez y Edgar Corso Sosa, coord., instrumentos de la tutela y justicia constitucional. Memorias del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional, México: Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2002.
- Fernández Rojas, Gabriel, “Francia: seguridad jurídica y nueva política codificadora, Revista Colombiana de derecho internacional, núm. 4, diciembre del 2004, Bogotá, 2004.
- Fernández Segado, Francisco. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en Pablo Luis Manili, Dir., Tratado de derecho procesal constitucional argentino, comparado y trasnacional, Argentina: La Ley, 2010.
- , “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht”, en Víctor Bazán, coord., Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo, Tomo II, Buenos Aires: Chamorro Impresiones, 2010.
- Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Miguel Carbonell y otros, Coord., estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina, México: siglo XXI, 2002.
- Ferreres, Víctor. *Justicia Constitucional y democracia*, Madrid: Tarabilla, 1997.
- García de Enterría, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid: Editorial civitas S.A., 1994.
- García Falconi, José. “Derecho constitucional a la seguridad jurídica”, en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoc onstitucional/2013/05/20/derecho-constitucional-a-la-seguridad-juridica>. Consultado: 7 de julio del 2017.

-----, “Seguridad jurídica” en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoc onstitucional/2012/01/06/seguridad-juridica>. Consultado 7 de julio del 2017.

Gargarella, Roberto. “La dificultosa tarea de la Interpretación Constitucional”, en Roberto Gargarella, Coord., teoría y crítica del derecho constitucional, Buenos Aires: Perrot, 2008.

Guerra, Luis. “Las sentencias del tribunal constitucional”, Madrid: Imprenta nacional del boletín oficial del Estado, 1998.

Grijalva, Agustín, “Derechos humanos y democracia: complementariedades y tensiones”, en Nuevos retos del constitucionalismo ecuatoriano: democracia, garantías y derechos. Asociación Escuela de Derecho, Quito, Ideas, 2011.

Henao Orozco, Rubén Darío. “Tutelas Contra Sentencias de las Altas Cortes o Choque de Vanidades”, en <http://www.redalyc.org/articulo-oa?id=87601709>. Consultado: 3 de diciembre del 2014.

Herrería, Enrique, “¿Revolución ciudadana o democracia plebiscitaria?”, en la Quiebra del Estado constitucional, Quito, FR ediciones, 2013.

Ibagón, Mónica. “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia”, en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo sosa, Coord., Instrumento de tutela y Justicia constitucional. Memoria del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional, México: instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2002.

Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*, México: UNAM, 1979.

-----, *Teoría Pura del Derecho*, México: Porrúa, 1991.

-----, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Madrid: Tecnos, 1995.

Medinaceli, Gustavo, *La aplicación directa de la Constitución*, Quito, Corporación Editorial Nacional, 2013.

Morón Urbina, Juan Carlos. “La omisión legislativa inconstitucional y sus tratamiento jurídico”, en Revista Peruana de derecho constitucional, Perú, 1999.

Navas Marcos, Barahona Alexander, “El control Constitucional de la omisión legislativa en Ecuador,” en <http://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=32989&dpath=document&dfile=15122016152801.pdf&content=El+control+constitucional+de+la+omisi%C3%B3n+normativa+en+Ecuador+-+stato+-+dottrina+->. Consultado: 25 de abril del 2017.

Otto Pardo, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel, 1998.

Paz, Juan José “Visión histórica de las Constituciones de 1998 y 2008”, en <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-449.html>. Consultado: 7 de julio del 2017.

Pérez Escobar, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*, Santafé de Bogotá: editorial Temis S.A., 1997.

Prieto Méndez, Julio Marcelo, *Derecho de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad*, Quito, V&M gráficas, 2013.

Prieto Sanchis, Luis Prieto. *Apuntes de teoría del derecho*, México: Trotta, 2005.

-----, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima: Palestra, 2007.

Quinche, Manuel Fernando. *Vías de hecho, acción de tutela contra providencias*, Bogotá: Ibáñez, 2009.

-----, “La seguridad jurídica frente a sentencias definitivas. Tutela contra sentencias”, *Revista estudios Socio-Jurídicos*- vol.12. Enero – junio del 2010, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

Ramírez Gronda, Juan. *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires: Claridad, 1965.

Rangel Hernández, Laura. “La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad por omisión legislativa: modalidad y efectos. Estudio preliminar”, en Christian Steiner, edit., *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2013.

- . “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional”, en cuestiones constitucionales No. 18, México – Enero – Junio 2008, en <http://www.scileo.org.mx/scileo.php?pid=s1405-91932008000100007&script=sciartext>. Consultado: 4 de septiembre del 2014
- Reyes Pinzón, Oscar Gabriel, “Precisiones acerca de la responsabilidad del estado legislador en Colombia”, en <https://www.journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/566>. Consultado: 28 de febrero del 2016
- Rincón Ortega, María Camila. “Regaño por una tutela que duro cinco años sin fallarse”, en periódico el espectador del 31 de Agosto de 2014, en [www.elespectador.com/noticias/judiciales/regano-una-tutela-duro-cinco-años-sin-fallarse-articulo-512694](http://www.elespectador.com/noticias/judiciales/regano-una-tutela-duro-cinco-años-sin-fallarse-articulo-512694). Consultado: 10 de octubre del 2014.
- Ruiz Manero, Juan. “Algunas Concepciones del Derecho y sus Lagunas”, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2400/4.pdf>. Consultado: 28 de mayo del 2016.
- Sáchica, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad sus mecanismos*, Bogotá: Temis, 1988.
- Sagüés, Pedro. “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la Corte Constitucional del Ecuador como legislador suplente y precario”, en Estudios Constitucionales – año 7, No.2, 2009, en [www.scielo.cl/scielo.php2.pids=s0718-52002009000200003&script=sciarttext](http://www.scielo.cl/scielo.php2.pids=s0718-52002009000200003&script=sciarttext). Consultado 5 de septiembre del 2014.
- Salgado Pesantes, Hernán, “Democracia y participación política en un Estado social de derecho”, en Nuevos retos del constitucionalismo ecuatoriano: democracia, garantías y derechos. Asociación Escuela de Derecho, Quito, Ideas, 2011.
- . “¿Guardianes o sepultureros de la constitución del 2008?”, en la Quiebra del Estado constitucional, Quito, FR ediciones, Quito, 2013.

- Sarmiento Erazo, Juan Pablo. *Responsabilidad patrimonial del estado por omisiones legislativas- entre el juez constitucional y el juez administrativo*, Bogotá: grupo editorial Ibáñez, 2010.
- Valcarce, María. “Control de constitucionalidad de omisiones legislativas: el activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en [www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/valcarceojeda](http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/valcarceojeda). Consultado: 11 de septiembre del 2014.
- Valle Franco, Alex Iván, “Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia No. 001-1L-SIO-CC (caso No. 0005-10-IO9)”, en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2898/1/10-Jurisprudencia.pdf>. Consultado: 7 de julio del 2017.
- Vargas León, Jairo. “Lagunas axiológicas en la ley Colombiana”, en Pablo Elías González Mongui, coord., *Argumentación, lógica y hermenéutica jurídica contemporánea*, Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2011.
- Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén. “El nuevo Constitucionalismo en América Latina”, *Memorias del encuentro Internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*, Quito: Corte Constitucional, 2010.
- Vigo, Rodolfo. *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, S.F.
- Villa, Iván. *Nuevo Derecho Constitucional antecedentes y fundamentos*, Medellín: ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez LTDA, 2002.
- , *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, Bogotá: Legis, 2007.
- Villaverde Méndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, en [http://www.academia.edu/11039945/LA\\_INCONSTITUCIONALIDAD\\_POR\\_OMISION](http://www.academia.edu/11039945/LA_INCONSTITUCIONALIDAD_POR_OMISION). Consultado: 13 de septiembre del 2015.
- Villota, Susana. “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del estado social de derecho”, en *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, vol. 42, No.117, pág. 455-479, Medellín – Colombia, Julio

– Diciembre, 2012, en [www.revista.upb.edu.co/index.php/derecho/issue/view/169](http://www.revista.upb.edu.co/index.php/derecho/issue/view/169). Consultado: 12 de septiembre del 2014.

Zaidán, Salim “El paradigma del estado y democracia constitucionales en el Ecuador: una valoración crítica a partir de la perspectiva de Luigi Ferrajoli y Ramiro Ávila”, (en Luis Fernando Torres, Debate constitucional con jurisprudencia, Quito, Fausto y Reinoso Ediciones, 2014.

Zúñiga, Francisco. “La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en Chile”, en Víctor Bazán, coord., Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo, Tomo II, Buenos Aires: Chamorro Impresiones, 2010.

### **Normas**

Constitución Política de Colombia del año 1991.

Constitución de Portugal del año 1976.

Constitución Política del Estado de Chiapas del año 2007.

Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza del año 2005.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala del año 2001.

Constitución Política del Estado de Quintana Roo del año 2003.

Constitución Política del Estado de Veracruz del año 2000.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999.

Constitución Política Federativa de la Republica del Brasil del año 1988.

Constitución de la República del Ecuador del año 2008.

Constitución de la Provincia de Rio Negro del año 1988.

Constitución Socialista Federal de Yugoslavia del año 1976.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe 044 del año 2008.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789.

Ley #XXXII de 1989, de Hungría.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del año 1949.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador del 2009.

República de Colombia, Ley 1553 de 1887.

República de Colombia Acto Legislativo 003 del año 2002.

República de Colombia Acto Legislativo 002 del año 2015.

### **Jurisprudencia.**

Corte constitucional de Colombia, sentencia T – 401 de 1992.

-----. Sentencia T – 403 de 1992.

-----. Sentencia T – 406 de 1992.

-----. Sentencia T – 079 de 1993.

-----. Sentencia C - 108 de 1994.

-----. Sentencia C – 473 de 1994.

-----. Sentencia C - 098 de 1996.

-----. Sentencia C - 543 de 1996.

-----. Sentencia C - 221 de 1997.

-----. Sentencia C - 080 de 1999.

-----. Sentencia C - 737 de 2001.

-----. Sentencia T – 502 de 2002.

-----. Sentencia C - 075 de 2007.

-----. Sentencia C – 842 de 2010.

-----. Sentencia C – 415 de 2012.

-----. Sentencia C – 351 de 2013.

-----. Sentencia C – 833 de 2013.

-----. Sentencia C – 584 de 2015.

-----. Sentencia C – 005 de 2017.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Interpretativa No. 0001- 09-SIC-CC.

-----. Sentencia Nro. 0001-10-SIC-CC.

-----. Sentencia de Inconstitucionalidad por Omisión No. 001-13-SIO-CC.

Consejo de Estado de Colombia, sentencia radicado 52001-23-31-000-1995-3002-0113002, del 1 de Noviembre del año 2001.

-----. Sentencia radicado 110001 03 15 000 2001 0060 01, del 28 de Noviembre del año 2002.

-----. Sentencia radicado 11001-03-25-000-2005-00231-009901-05, del 2 de Abril del año 2009.

-----. Sentencia radicado 11001-03-25-000-2010-00058-000458-10, del 28 de Febrero del año 2013.

-----. Sentencia radicado 25000-23-26-000-2003-00175-0128.741 del 2014.

Suprema Corte de los Estados Unidos, Caso Marbury vs Madison de 1803.

-----. Caso Missouri vs Holland de 1920.

### **Paginas consultadas**

[https://www.sirvoamipais.gov.co/nuestra\\_actualidad/anio\\_actual/asset\\_publisher/mF3NPPB0tAeE/content/un-centenario-de-historia-consejo-de-estado](https://www.sirvoamipais.gov.co/nuestra_actualidad/anio_actual/asset_publisher/mF3NPPB0tAeE/content/un-centenario-de-historia-consejo-de-estado). Consultado: 22 de febrero del 2016.

[http://centromemoria.gov.co/wpcontent/uploads/2014/11/La\\_constituyente\\_de\\_1991.pdf](http://centromemoria.gov.co/wpcontent/uploads/2014/11/La_constituyente_de_1991.pdf). Consultado: 1 de julio del 2017.